



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
Área de Direito e Políticas Públicas

GRACIELA RENATA RIBEIRO

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: a busca da consensualidade para
a devida execução, prevenção e resolução de conflitos, na
perspectiva do Poder Público**

BRASÍLIA

2014



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UnICEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
Área de Direito e Políticas Públicas

GRACIELA RENATA RIBEIRO

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: a busca da consensualidade para
a devida execução, prevenção e resolução de conflitos, na
perspectiva do Poder Público**

Dissertação apresentada no
Programa de Mestrado em Direito e
Políticas Públicas do Centro
Universitário de Brasília- Uniceub
como requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito e
Políticas Públicas.

Professor Orientador: Dr. Héctor
Valverde Santana

BRASÍLIA

2014

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Dr. Héctor Valverde Santana
Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Uniceub

Professora: Dra. Marilda de Paula Silveira
Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP

Professor: Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona
Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Uniceub

*Aos meus pais, Domélia e Décio,
pela vida e pela dedicação de uma
vida.*

AGRADECIMENTO

O gosto pela leitura dos agradecimentos e dedicatórias de livros e trabalhos científicos me levou a iniciar a escrita desta dissertação pelo agradecimento.

Primeiro, para manter um hábito de inversão e, finalmente, pela importância de se agradecer pelo apoio e ajuda que recebi durante o Mestrado e em um momento tão delicado como a fase de escrita.

Muitos falam da necessidade de solidão durante a fase de escrita, mas só ao escrever percebe-se que essa solidão significa não só ficar sozinho para escrever, mas também exige que se abandone outros pensamentos e que se concentre somente no objeto de estudo, o que não é tarefa fácil...

Por isso, passo a agradecer.

Agradeço, imensamente, ao Professor Héctor Valverde Santana, pelo grande exemplo de professor e profissional e por toda disponibilidade, generosidade e dedicação à minha orientação desde o momento do convite até essa data.

As aulas de direito administrativo do Professor Paulo Afonso Cavichioli Carmona me marcaram na minha vinda para Brasília e me inspiraram no trabalho de pós graduação. Assim, sou muito grata pelo reencontro com suas aulas e pela orientação que dele recebi no Mestrado do Uniceub.

Agradeço ao Professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy que com a disciplina de Metodologia de Pesquisa e com sua tese de Livre-Docência “Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional” me trouxe luzes para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço a Professora Marilda Silveira pela generosidade em participar da defesa deste trabalho.

Aos colegas de trabalho e aos colegas do Mestrado agradeço pela convivência e pelas trocas de experiências e anseios durante esses anos de trabalho e estudo, aqui representados por todos os colegas do Jurídico da CAESB e pelos amigos de curso Aline, Shirley, Érica, Paulo, Gislene e Schubert.

À minha família e meus amigos agradeço por tudo, especialmente, pelo apoio e paciência que me dedicam desde 1999, quando comecei a estudar direito e por desde então ter dedicado muito do meu tempo e energia neste propósito. À minha família Domélia e Décio, Kathyana, Mariana, Rogério, as minhas queridas tias, tios e primos. Ao Leandro e aos amigos Ana Cecília, Ana Paula, Aline, Bettina, Cecília, Denise, Eduardo, Elisane, Gardênia, Lígia, Marina, Miguel, Raquel e Renata agradeço pela amizade e apoio.

SUMÁRIO

RESUMO	08
ABSTRACT	09
INTRODUÇÃO	10
1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	14
1.1 Papel das mudanças no direito administrativo e nos contratos administrativos	14
1.2 Contratos administrativos	21
1.2.1 Teoria do contrato administrativo	21
1.2.2 Noção de contratos administrativos	28
1.2.3 Regime jurídico dos contratos administrativos	31
1.3 Contratos firmados entre entes do Poder Público	34
1.3.1 Noção de contratos interadministrativos no direito comparado	34
1.3.2 Regime jurídico e elementos dos contratos interadministrativos no direito comparado	41
1.3.3 Contratos firmados entre entes do Poder Público no Brasil	43
1.3.3.1 Noção de interesse público e de prerrogativas do Poder Público no Brasil	43
1.3.3.2 Repartição de competências entre os entes na federação brasileira	51
1.3.3.3 Noção de contratos firmados entre entes do Poder Público no Brasil	56
1.3.3.3.1 Serviços públicos prestados entre entes do Poder Público no Brasil	60
1.3.3.3.1.1 Formas de prestação dos serviços públicos no Brasil	60
1.3.3.3.1.2 Possibilidade de suspensão do serviço público prestado ao Poder Público em caso de inadimplência do Poder Público como usuário	65

2 A BUSCA DA CONSENSUALIDADE PARA A DEVIDA EXECUÇÃO, PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, NA PERSPECTIVA DO PODER PÚBLICO	75
2.1 Dever estatal de primar pela devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos	75
2.2 Medidas para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos	79
2.3 Consensualidade e contratos administrativos	87
2.3.1 Contexto e noção de Administração consensual	87
2.3.2 Alguns pontos e contrapontos referentes à aplicabilidade das premissas e instrumentos da Administração consensual aos contratos administrativos	95
2.3.3 Instrumentos consensuais	100
3 INSTRUMENTOS CONSENSUAIS PARA PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, NA PERSPECTIVA DO PODER PÚBLICO	103
3.1 Aplicabilidade de instrumentos consensuais para prevenção e resolução de conflitos decorrentes dos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil	103
3.2 Análise de alguns instrumentos consensuais aplicáveis aos contratos administrativos	106
3.2.1 Arbitragem	106
3.2.2 Conciliação e mediação	116
3.2.3 Transação administrativa	123
3.3 Consensualidade e controle da litigância entre o Poder Público em decorrência dos contratos administrativos	128
CONCLUSÃO	133
REFERÊNCIAS	139
APÊNDICE	148
ANEXOS	149

RESUMO

O Poder Público para atingir seus fins realiza contratos com particulares e com outros entes do próprio Poder Público. Em casos de inexecução de tais contratos surgem inúmeros desdobramentos. A partir da observação de dificuldades práticas para resolução de impasses decorrentes da inexecução de tais contratos o presente trabalho traz uma abordagem teórica dos contratos administrativos e especificamente dos contratos firmados entre entes do Poder Público para, a partir desta análise, abordar algumas medidas que podem contribuir para a devida execução e para prevenção e resolução de conflitos decorrentes de tais contratos. Uma das medidas propostas é a aplicação de instrumentos consensuais, tais como, a arbitragem, a mediação, a conciliação e a transação administrativa para prevenção e resolução de conflitos contratuais como forma de se primar pela eficiência e evitar a litigância intragovernamental. Diante da relevância e complexidade do tema, para além de apontar possíveis soluções, o objetivo da presente abordagem é trazer o estado do desenvolvimento da matéria no Brasil e destacar a importância de sua criteriosa abordagem na doutrina, legislação e jurisprudência.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Prevenção e resolução de conflitos. Instrumentos consensuais.

ABSTRACT

The Public Power (State Authority), in order to achieve its goals, performs contracts with private parties along with other entities of the Public Power itself. In cases of nonperformance of such contracts, several unfolding consequences take place. From observing practical difficulties for the resolution of stalemates arising out of the nonperformance of such contracts, the present work brings out a theoretical approach of administrative contracts, and particularly of contracts settled between public authority entities, so as to address some measures that may contribute for their proper execution and prevention of nonperformance resulting conflicts. One of the proposed measures is the application of consensual tools, such as arbitration, mediation, conciliation and transaction on behalf of the prevention and resolution of contractual disputes as a means to reach efficiency, and thus avoiding intragovernmental litigation. Before the relevance and complexity of the matter, the goal of the present approach, besides pointing out possible solutions, is to bring forward the development status of the issue in Brazil and to highlight the importance of its judicious approach on doctrine, legislation and jurisprudence.

Key-words: Administrative Contracts. Prevention and resolution of disputes. Consensual Tools.

INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Para a convivência harmônica entre os entes federados e manutenção do pacto federativo estes se vinculam a um sistema constitucional de repartição de competências.

A repartição de competências entre os entes é marcada por uma complexidade na federação brasileira e também surgem inúmeros impasses e desdobramentos em decorrência da complexidade da desconcentração e descentralização administrativas. Neste contexto é que se desenvolve a atividade administrativa e, especificamente, o objeto a ser aqui analisado, qual seja, o contrato administrativo desenvolvem-se, posto que dentre os instrumentos utilizados pelo Poder Público para atingir seus fins¹ está a realização de contratos com particulares e com outros entes do próprio Poder Público para atingir suas finalidades.

Ao firmar contratos com particulares ou com outros entes do Poder Público definem-se as obrigações assumidas pelas partes e como tal elas devem ser devidamente cumpridas, porém algumas vezes o caminho não é tão reto como inicialmente traçado e no curso do contrato surgem impasses. As decorrências e repercussões de tais contratos atingem tanto o Poder Público como a sociedade de forma direta ou indireta e, muitas vezes, a execução de tais contratos é marcada por conflitos.

Estes conflitos podem decorrer de divergências de interpretação das cláusulas contratuais, inexecução dos contratos, danos ao erário, débitos decorrentes da inexecução contratual e inadimplência na prestação de serviços públicos essenciais prestados entre os entes ou por permissionárias ou concessionários de serviços públicos. Estes conflitos contratuais, além dos prejuízos imediatos decorrentes da inexecução contratual, contribuem també

¹ Dentre os instrumentos da Administração Pública para atingir seus fins podemos citar os atos administrativos, contratos administrativos, convênios, parcerias.

para a intensificação da litigância intragovernamental. A intensa litigiosidade do Poder Público, como atestam os índices do Conselho Nacional de Justiça a serem apresentados no trabalho, contribui para o aumento do período de duração das demandas e gera expressivos custos e desgastes ao Poder Público.

Diante de tal contexto, pretende-se ponderar neste trabalho qual o papel do Poder Público para enfrentar a questão e na busca de alternativas para a devida execução de seus contratos, bem como para prevenção e resolução de conflitos contratuais, pois o devido cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público ao firmar um contrato administrativo é consectário do interesse público e a busca pela devida execução e por medidas para prevenção e resolução de conflitos decorrentes destes contratos é dever dos contratantes.

A observação de dificuldades práticas para resolver de forma mais eficiente impasses nos contratos administrativos, notadamente nos contratos firmados entre o próprio Poder Público no Brasil despertou o interesse deste trabalho. Pretende-se destacar a importância do debate dessa questão e buscar uma sistematização teórica de possíveis soluções jurídicas em consonância com o dever do Estado de primar pela devida execução, prevenção e resolução dos conflitos decorrentes de tais contratos.

Neste propósito são apresentadas algumas soluções jurídicas descritas aqui como medidas para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos, na perspectiva do Poder Público. Uma das medidas apontadas é a busca da consensualidade no trato dos contratos administrativos, pois a hipótese a ser aqui apresentada é que a busca da consensualidade e da eficiência na prevenção e resolução de conflitos decorrentes dos contratos firmados entre o Poder Público está em consonância com os primados do Estado Democrático de Direito² (art. 1º da Constituição Federal- CF).

² Norberto Bobbio expõe que a democracia está associada à idéia dos direitos do homem reconhecidos e protegidos “*Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e*

A estrutura do trabalho foi tecida a partir de um tema mais amplo que são os contratos administrativos para se chegar à abordagem dos contratos firmados entre do Poder Público e, em seguida, apontar possíveis medidas para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos contratuais.

O método utilizado é o dedutivo, ou seja, parte-se de premissas genéricas para premissas particulares. No tocante a metodologia utilizada para a abordagem do problema a pesquisa utilizada é qualitativa (análise subjetiva) e quanto aos objetivos a pesquisa utilizada é a exploratória com o levantamento da bibliografia referente aos contratos administrativos e interadministrativos para se tratar dos contratos firmados entre o Poder Público.

Quanto aos procedimentos técnicos será realizada pesquisa bibliográfica sobre os contratos administrativos e contratos interadministrativos para se traçar considerações sobre os contratos firmados entre o Poder Público. A abordagem dos instrumentos consensuais que podem ter aplicabilidade em tais contratos também é traçada pela pesquisa bibliográfica e análise da legislação e decisões judiciais sobre o tema.

Entende-se que, a despeito da importância dos contratos firmados entre o Poder Público, a matéria merece questionamentos e discussões, pois não recebe no Brasil o devido tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial o que despertou o interesse para a presente abordagem com o escopo de apresentar algumas medidas que possam contribuir, no âmbito administrativo e nos casos de litígios judiciais, para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos decorrentes de tais contratos.

É sabido que, na prática, a realidade das atividades do Poder Público além dos aspectos jurídicos envolve também muitos outros aspectos, tais como, o social, o político, o econômico e o cultural. Nesse contexto, diante da

efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas como os próprios cidadãos” (BOBBIO, Norberto. A Era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevir, 2004, p. 203).

relevância e complexidade da busca da consensualidade nos contratos administrativos, para além de apontar possíveis soluções, o objetivo da presente abordagem é trazer o estado do desenvolvimento da matéria hoje no Brasil e destacar a importância de sua criteriosa abordagem na doutrina, legislação e jurisprudência.

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 Papel das mudanças no direito administrativo e nos contratos administrativos

Primeiramente, aponta-se que a abordagem proposta do tema não busca uma colocação estanque do tema no direito público ou no direito privado, mas sim levantar que ao tratar do gênero “contratos administrativos” surgem diversas possibilidades de aplicação de premissas de direito público e de direito privado considerando as diversas categorias de contratos firmados pelo Poder Público os quais, muitas vezes, recebem, equivocadamente, o mesmo tratamento jurídico.

A abordagem proposta resulta de algumas mudanças que podem ser percebidas no trato do Direito Administrativo e, em especial, no trato dos contratos administrativos. A construção da linha de raciocínio deste trabalho inicia-se com a abordagem do papel das mudanças no Direito Administrativo e nos contratos administrativos. Neste propósito, o verbo “mudar” no sentido de “transformar-se, tornar-se, converter-se”³ é aqui um ponto de partida para se chegar as considerações sobre os contratos firmados entre o Poder Público.

Ao rememorar os estudos sociológicos de Pierre Bourdieu aponta-se que os referenciais de campo⁴ e de *habitus*⁵ podem ser utilizados para a

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Júnior*: dicionário escolar da língua portuguesa. Maria Baird Ferreira e Margarida dos Anjos (coord.) Curitiba: Positivo, 2005, p. 602.

⁴ Pierre Bourdieu traça o conceito de campo relacionado com o espaço social estruturado e com hábitos próprios. (BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000).

⁵ Pierre Bourdieu descreve que “Os condicionamentos associados a uma classe particular de condições de existência produzem *habitus*” que funcionam “como princípios geradores e organizadores de práticas e de representações que podem ser objetivamente adaptadas ao seu objetivo”. (BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Trad. de Maria Ferreira, revisão da tradução Odaci Luiz Coradini. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009, p. 87).

análise das imposições de uma dada ordem simbólica dominante. A noção de campo refere-se a um espaço social estruturado e com regras específicas para seu funcionamento e no tocante ao campo jurídico o autor destaca que em decorrência de seu papel determinante na reprodução social este campo “(...) *dispõe de uma autonomia menor do que certos campos que, como o campo artístico ou literário ou mesmo o campo científico, contribuem também para a manutenção da ordem simbólica e, deste modo, para a manutenção da ordem social.*”⁶

A compreensão do campo como espaço social estruturado e com hábitos próprios e as considerações do autor sobre as peculiaridades do campo jurídico auxiliam a compreender uma das razões pelas quais nesse campo as mudanças podem ser mais lentas do que em outras áreas. Transpondo esse raciocínio para o Direito Administrativo, questiona-se se a “raridade” de mudanças é ou não uma característica dessa área do direito e qual seria o papel de algumas mudanças para essa área do direito.

Eberhard Schmidt-Assmann traz a ideia de sistema para a realidade e enuncia que um Direito Administrativo ligado a Constituição das liberdades tem que ter a ideia de eficácia, funcionalidade e capacidade de atuação efetiva.⁷ Descreve, ainda, que o Direito Administrativo deve sua autonomia e singularidade ao seu desenvolvimento e construção científica e sistemática⁸ e

⁶ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 251.

⁷ “En suma, pues, el Derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación Del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, ente otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalid), sino también ele de la prohibición de defecto. Y es que em un Derecho administrativo enmarcado em una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidade, de la capacidad de actuación efevtiva” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 26).

⁸ Escrevendo sobre a Metodologia da Ciência do Direito Karl Larenz traz a doutrina alemã do sistema e ao trazer uma abordagem histórico-crítica do tema conclui que: “É-nos, em todo caso, lícito acreditar que nos chega à mão, aqui e ali, um pedaço do fio cujo fim é para nós oculto. Sendo assim, então para a Ciência do Direito como também para a filosofia “prática” (quer dizer, a ética e a filosofia do Direito), a única espécie de sistema ainda possível é o sistema “aberto” e, até um certo grau, “móvel” em si, que nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, que torna clara a racionalidade “intrínseca”, os valores directivos e os princípios do Direito. A busca de um tal sistema e a orientação dada por ele em questões fundamentais é uma parte constitutiva irrenunciável do labor jurídico.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 241).

que somente é possível construí-lo sistematicamente se for possível identificar os valores em conflito e neutralizar as contradições ou a desintegração que na evolução do Direito gerou os distintos setores especiais em contínuo movimento. O Direito Administrativo pode dar mais transparência a ação administrativa e suscitar mais confiança, credibilidade e aceitação da Administração Pública pelos cidadãos. O Direito Administrativo geral consiste em inserir novos fenômenos e normas especiais no âmbito administrativo e também visa oferecer um contexto analítico e adequado campo de observação para compreender a evolução do Estado e da sociedade.⁹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que as mudanças na Administração Pública decorrem das mudanças do próprio Estado e que *“Isso ocorre no Brasil e no mundo; o fenômeno é global, embora com intensidade e ritmo diferentes, conforme inserção em cada País no fluxo da civilização ocidental”*.¹⁰

Na ótica de Gustavo Binenbojm *“(...) a dogmática administrativista estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do princípio da autoridade, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas”*¹¹. A isso atribui o fato de o Direito Administrativo servir como instrumento retórico para a preservação dessa lógica de poder. Odete Medaur identifica que *“A democracia não se exaure na eleição, na existência de vários partidos políticos e no funcionamento do legislativo; deve transpor o limiar da Administração e aí vigorar.”*¹²

Gaston Jèze enunciou a necessidade de deixar de lado as ideias de soberania, de poder público, de mandato, de autoridade pública, pois as instituições democráticas modernas são de base puramente racionalista e não

⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 37.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: BARROSO, Luis Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 500.

¹² MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197.

mística ou metafísica.¹³ Fernando Dias Menezes de Almeida pondera sobre a índole democrática do contrato administrativo argumentando que em um Estado Democrático se por razões de política legislativa se adote um regime especial publicístico para os contratos administrativos “há que se atentar para que seja ao máximo preservada a índole democrática do contrato, incidindo no mínimo necessário o caráter autocrático (unilateral das prerrogativas da Administração)”¹⁴ e acrescenta que a teoria do contrato administrativo formulada por Gaston Jèze bem exemplifica essa preocupação democrática.

Com fundamento nessa preocupação teórica as questões a seguir abordadas tratam do modo como tais mudanças se operam no campo do Direito Administrativo e do papel de algumas mudanças de paradigma¹⁵ no tocante aos contratos administrativos.

Gustavo Binenbojm trata da crise dos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro e da relação com as necessidades das sociedades contemporâneas “(...) a crise dos paradigmas do direito administrativo não se constitui apenas do novo, mas exhibe também em larga medida, alguns vícios

¹³ JÈZE, Gaston. *Principios generales de derecho administrativo*. Tomo III, Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 322 (tradução livre).

¹⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010, p.151.

¹⁵ Neste ponto entende-se importante tecer algumas considerações sobre a utilização da noção de paradigma de Thomas Kuhn.

O autor considera paradigmas as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.

Afirma que as restrições decorrentes da confiança no paradigma revelam-se essenciais para o desenvolvimento da ciência. Porém, quando uma comunidade científica adquire um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, são passíveis de solução. Um paradigma pode até mesmo afastar uma comunidade de problemas sociais relevantes que não podem ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma.

As revoluções científicas são aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior. Estas se iniciam com um sentimento crescente e restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de certo aspecto da natureza. O sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.

Portanto, a noção de paradigma no sentido de um compartilhamento de crenças, valores e técnicas a despeito de conviver com problemas e anomalias tem o escopo de resolver problemas e, nesse sentido, permite um desenvolvimento. (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1996, p.13-204).

de origem”.¹⁶ O autor defende que, nada obstante as transformações do Estado Moderno nas últimas décadas do século do XX, assim, como a emergência do Estado Democrático de Direito “*agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública*”.¹⁷

Cristiane Schwanka também faz uma análise de que a Constituição Federal de 1988 ao erigir o administrado à condição de cidadão “*expande a visão clássica e unilateral do Direito Administrativo e põe em xeque a dogmática administrativa clássica*”. A previsão expressa no caput do art. 37¹⁸ dos princípios a serem observados por toda a Administração Pública modifica a perspectiva de um Direito Administrativo respaldado na lei e amplia o alcance e o sentido da legalidade.

A autora pondera que se verifica uma mudança e releitura de paradigmas devido à necessidade de modernização do aparelho estatal pela exigência de que seja, ao mesmo tempo, “*transparente e eficaz; participativo e imparcial; legal e eficiente, cujas escolhas administrativas devam ser razoáveis, eqüitativas, fundadas no consenso dos destinatários e destinadas, sobretudo, à otimização do interesse público*”. As instituições do Direito Administrativo passam a ter sua interpretação jurídica submetidas a uma compreensão concreta e pragmática dos valores constitucionais.¹⁹

Verifica-se que o direito administrativo sofre alterações, mas este caminhar, notadamente por estar relacionado com a própria mudança do Estado, deve ser devidamente mensurado, pois trata-se de um processo e como tal não pode ser avaliado em desacordo com a realidade. O título do

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: BARROSO, Luis Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 505.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: BARROSO, Luis Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 505.

¹⁸ Art. 37 da Constituição Federal: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

¹⁹ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p.157.

artigo de Gustavo Binimbojm *“A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos”*²⁰ traduz bem o que até aqui foi exposto, pois traz a ideia de que as mudanças no Direito Administrativo brasileiro no tocante a constitucionalização²¹ são marcadas por avanços e retrocessos.

Como não é tarefa fácil apontar as *“reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública”*,²² pretende-se buscar parâmetros relacionados às mudanças no Direito Administrativo no tocante a busca da consensualidade nos contratos administrativos para se chegar especificamente ao trato dos contratos firmados entre o Poder Público no ordenamento e realidade brasileiros.

José Adércio Leite Sampaio ressalta a necessidade de *“maiores espaços participativos nos domínios decisórios dos três Poderes”* como forma de efetivação de direitos e escreve que *“Somente o avolumar-se da cidadania, por ela mesma e por provocação das instâncias de poder institucionalizado abrirão clareiras no imobilismo tão benéfico aos locatários, melhor, comodatários do poder, possibilitando a vida real dos direitos de papel”*.²³

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: BARROSO, Luis Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²¹ Gustavo Binimbojm assim define o processo de constitucionalização do direito administrativo *“deve ser entendido como uma postura de releitura e redefinição de institutos e conceitos da velha dogmática da disciplina sob a ótica do sistema de princípios da Constituição, de molde a erigir novos paradigmas dotados não apenas de maior consistência teórica, mas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência como mola propulsora de desenvolvimento e, sobretudo, com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais.* (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: BARROSO, Luis Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 546) (destaques do autor).

²² BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos In: BARROSO, Luis Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 505.

²³ *“Do mesmo modo, a sociedade, ainda que com a predominância de setores médios e periféricamente com a ralé dos excluídos, tem reivindicado maior efetividade de respostas judiciárias adequadas a missão que hoje se espera desse Poder que não pode ser, socialmente, nulo, bem como dos controles institucionalizados de uma maneira geral, como o do próprio Ministério Público, de organismos fiscalizatórios do Executivo e das comissões parlamentares, mas principalmente daqueles realizados pelos Tribunais de Conta, exigindo, o que é mais importante do que tudo descrito e somado, maiores espaços participativos nos*

Odete Medaur escreve que as matrizes clássicas do Direito Administrativo foram elaboradas no quadro político-institucional do século XIX e recebem as mudanças que se operam nesse quadro e que “*pode-se falar de tendências ou de processo de fermentação de mudanças que recaem sobre várias matrizes conceituais ou que trazem à luz novas figuras no cenário do direito administrativo*”.²⁴

Uma das linhas de transformação de matrizes clássicas apontadas por Odete Medaur e que também será abordada neste trabalho é a noção de interesse público. O termo interesse público aparece como medida e finalidade da função administrativa e, a despeito de ser impossível uma definição jurídica precisa, é possível “*associá-la ao que deveria ser o bem de toda a coletividade, a uma percepção geral das exigências da comunidade*”.²⁵ Em suma, aborda a heterogeneidade do interesse público e aponta que da ideia de primazia de interesses passa-se para uma concepção de ponderação dos interesses em confronto.

Outra linha de transformação de matrizes clássicas abordada por Odete Medaur e que é objeto deste trabalho é o contrato administrativo. Neste ponto, a autora destaca que o tema passa por alterações no sentido de busca por simplificação de procedimentos de contratação pública, maior liberdade de escolha de contratados e “*aumento do uso de módulos convencionais, contratuais ou consensuais, a chamada Administração concertada*”.²⁶

Considerando que no direito brasileiro não há um “código” ou documento sistematizador das disposições de Direito Administrativo, a partir da premissa de Eberhard Schmidt-Assmann de trazer a ideia de sistema para a realidade e de que um direito administrativo ligado a Constituição das liberdades tem que ter a ideia de eficácia, funcionalidade e capacidade de

domínios decisórios dos três Poderes.” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 338).

²⁴ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 185.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 189.

²⁶ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 209.

atuação efetiva²⁷ busca-se a presente abordagem dos contratos administrativos e especificamente dos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil com vistas a delinear contribuições no trato da matéria.

Nessa linha, pretende-se apontar neste trabalho alguns “valores em conflito e neutralizar as contradições”²⁸ no tocante contratos firmados entre o Poder Público no Brasil e apresentar algumas medidas que possam contribuir para a devida execução, prevenção e resolução dos conflitos contratuais em termos de busca de medidas administrativas e especificamente no tocante a busca da aplicabilidade de instrumentos consensuais aos contratos administrativos.

1.2 Contratos administrativos

1.2.1 Teoria do contrato administrativo

A palavra contrato é empregada corriqueiramente nos mais diversos sentidos e contextos. Na acepção etimológica “*contrato significa arrastamento simultâneo, baseado na confiança recíproca, situação de tal ordem que impele duas vontades, oriundas de pontos diferentes, caminhando para o mesmo objetivo, atingindo-o, cruzando-se afinal e partindo, novamente, em direções opostas*”.²⁹

Enzo Roppo³⁰ escreve que contrato é um conceito jurídico que tem “o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir,

²⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 26.

²⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 2-3 (tradução livre).

²⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, p. 22.

³⁰ O texto “O contrato” do autor italiano Enzo Roppo foi escrito em 1977 e reeditado em decorrência da atualidade das discussões que aborda. (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988).

designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa”,³¹ mas que para ser entendido a fundo não pode se limitar a dimensão exclusivamente jurídica, sendo necessário considerar a realidade econômico-social, em síntese, a operação econômica.³²

Ricardo Luís Lorenzetti ao abordar algumas questões sobre a teoria contratual pondera que tanto as normas derivadas da autonomia privada como as regulamentações intervencionistas têm efeitos econômicos distributivos e que o contrato sempre cumpriu funções econômicas, individuais e macroeconômicas.³³

Enzo Roppo, ao tratar da historicidade do contrato, expõe que o modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico sofre a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. O autor descreve que *“Tudo isto se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido”*.³⁴ O contrato tem um significado geral de símbolo de uma determinada ordem social e *“(...) torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua legitimação”*.³⁵

Onofre Alves Batista Júnior explica que o contrato é o encontro de dois interesses contrapostos, mas harmonizáveis, com força criativa dada pela lei e que constitui, modifica ou solve direitos ou obrigações para as partes

³¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7.

³² Enzo Roppo define que contrato é um conceito que resume a *“(...) realidade complexa, não linear, de progressiva “captura” das operações económicas por parte do direito, assim como outros conceitos jurídicos exprimem, sinteticamente, fenómenos de expansão do direito a governar outros comportamentos humanos, até então subtraídos — tal como as operações económicas — ao seu império, e assim colocadas, como se costuma dizer, num «espaço vazio de direito»*” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 15-16).

³³ LOREZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2008.

³⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra, Almedina: 1988, p. 24.

³⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra, Almedina: 1988, p. 28.

envolvidas e sintetiza que é uma espécie de “transação” entre dois interesses contrapostos que se ajustam para produzir um resultado jurídico único acordado.³⁶

A noção de contrato administrativo surge na França, a partir de decisões do Conselho de Estado Francês.³⁷ Fernando Dias Menezes de Almeida descreve “*É uma solução desenvolvida na França, que influenciou outros Direitos europeus, como o espanhol, o português e, em menor medida, o italiano; e ao lado da qual coexistem outras soluções*” e afirma que verifica-se esse mesmo percurso, ao longo de parte do século XIX e do século XX, no caso brasileiro.³⁸

No tocante aos contratos administrativos há correntes que negavam a sua existência e entendimentos de que para caracterizar-se como contrato administrativo deveriam possuir cláusulas exorbitantes. Odete Medauar descreve que a teoria do contrato administrativo encontrou resistência em ordenamentos, como o italiano e o alemão. Na Alemanha Otto Mayer defendia que não havendo igualdade jurídica entre as partes, não existe contrato e na Itália, a tese anti-contratualista,³⁹ trazia que o contrato de direito público só ocorria entre entidades públicas e entre o particular e o Poder Público somente é possível contrato regido pelo direito privado.⁴⁰ Como será apresentado mais

³⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

³⁷ Exemplificam-se alguns julgados do Conselho de Estado Francês:

Arrêt Compagnie nouvelle Du gaz de Deville-lès-Rouen de 10/01/1902. Em caso de concessão de gás decidiu-se pela primeira vez sobre modificação unilateral do contrato da Administração (Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/10-janvier-1902-compagnie-nouvelle-du-gaz-de.html>).

Arrêt Thérond de 04/03/1910. Em caso referente a companhia de trens reafirma-se a possibilidade de modificação unilateral do contrato da Administração, vinculado a necessidade do interesse público, independente da vontade das partes. (FRANÇA. Sítio eletrônico do Conselho de Estado Francês. Disponível em www.conseil-etat.fr).

³⁸ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010, p. 152.

³⁹ Odete Medaur cita como exemplo de defensores da tese anticontratualista na Itália Alessi, Cammeo, Ranelletti e Santi Romano. (MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

adiante, a concepção alemã de contrato administrativo ajuda a compreender categorias do contrato administrativo no Brasil como contrato gestão, convênio, consórcio e também os contratos interadministrativos.⁴¹

Fernando Dias Menezes de Almeida trata da doutrina francesa do século XIX e início do século XX e aponta que a jurisdição administrativa, em especial do Conselho de Estado, é chave para compreensão da edificação dos elementos que formarão a matéria-prima da teoria do contrato administrativo, assim como, em momento anterior, já era jurisprudencial a definição do regime jurídico aplicável aos contratos celebrados pela Administração. O autor expõe que após a existência de posicionamento jurisprudencial é que a doutrina, a partir da obra de Gaston Jèze, passa a discutir a teoria do contrato administrativo sujeito a um regime especial.⁴²

Outro ponto relevante apontado por Fernando Dias Menezes de Almeida é que o desenvolvimento da teoria do contrato administrativo só foi possível a partir da adoção de outro viés ideológico quanto ao fundamento do Direito Administrativo, o que se deu com autores pertencentes a "Escola do Serviço Público", cujos expoentes, a despeito de divergirem quanto a certos aspectos da definição de serviço público, são Duguit e Gaston Jèze.⁴³ A possibilidade de afirmação teórica do contrato administrativo pressupõe, como fundamento do Direito Público, a troca da noção de soberania estatal pela

⁴¹ “Contudo, de modo paradoxal, o direito alemão (historicamente refratário à aceitação da natureza contratual em acordos firmados entre a Administração Pública e o particular) unicamente reconhecida como contratos administrativos aqueles firmados entre entidade públicas, sob a denominação *contratos de coordenação*. Entretanto, insta asseverar que para a doutrina alemã contratos de coordenação seriam contratos não em virtude do conteúdo do acordo firmado, e sim porque existiria paridade (e não subordinação) na relação instaurada entre as entidades públicas contratantes”. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63).

⁴² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010.

⁴³ Fernando Dias Menezes de Almeida pondera que Duguit e Jèze divergiam quanto a certos aspectos da definição de *serviço público*, em especial quanto ao modo de se definir que atividades devem ser consideradas objeto do serviço público: Jèze procura oferecer um critério *jurídico*, o qual aponta estar ausente na obra de Duguit, impregnada esta por uma visão sociológica. Independentemente da solução dessa divergência, a noção de serviço público ocupará posição chave na consecução da teoria do contrato administrativo empreendida, por Jèze. (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010).

noção de serviço público.⁴⁴ A ideia de Estado passa a girar em torno da noção de serviço público e da exigência de que o Estado assumisse posição de superioridade para o desenvolvimento do serviço público.

Gaston Jèze define que para o funcionamento dos serviços públicos os agentes públicos necessitam de certos bens materiais relacionados a contrato de fornecimento e contratos de obras públicas e o elemento que diferencia estes contratos dos contratos celebrados entre os particulares é que eles se concluem para o funcionamento do serviço público e se aplica o princípio fundamental do direito público francês.⁴⁵

O autor define que existem contratos administrativos distintos dos contratos de direito civil e nem todo contrato celebrado pela Administração para o funcionamento de um serviço público é um contrato administrativo. As condições para o contrato administrativo são: o acordo de vontades entre Administração e particular; o objeto é a obrigação jurídica de prestação de bens materiais ou serviços mediante remuneração; a prestação visa assegurar o funcionamento de um serviço público e as partes acordam submeter-se a um regime especial de Direito Público.⁴⁶

Gaston Jèze, que é um autor formalista, define que a partir da noção de serviço público como aquele definido pela lei e da consideração de decisões do Conselho de Estado Francês, tais como as referentes a cláusulas exorbitantes e readequação econômica financeira, é que foi traçada a noção de contrato como acordo de vontades entre Administração e particular que tenha por finalidade o funcionamento de serviço público e marcado por cláusulas exorbitantes.

A concepção de contrato regido pelo Direito Administrativo firmou-se e surge a teoria de um contrato em que a Administração tem certas prerrogativas para atender o interesse geral, sem sacrificar os interesses

⁴⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010.

⁴⁵ JÈZE, Gaston. *Principios generales de derecho administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1949.

⁴⁶ JÈZE, Gaston. *Principios generales de derecho administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1949.

pecuniários do particular contratado. As cláusulas exorbitantes se distanciavam dos preceitos dos contratos privados permitindo a alteração unilateral se garantida a equação econômico-financeira.⁴⁷

O Direito Administrativo brasileiro no começo teve inspiração francesa e em matéria de contratos administrativos essa também foi a matriz adotada no Brasil. Fernando Dias Menezes de Almeida ao abordar, em perspectiva histórica, como a noção teórica do contrato administrativo chegou à doutrina brasileira e passou a influenciar a legislação e a jurisprudência descreve que no século XIX não houve uma preocupação especial com formulações teóricas para explicar-se o fenômeno da celebração de contratos por parte da Administração e já no século XX, faz-se notar no Brasil a doutrina francesa sobre o contrato administrativo, como contrato sujeito a um regime administrativo especial.⁴⁸

O autor prossegue e explica que a concessão de serviços públicos, no início do século XX, é o canal pelo qual se introduz no Brasil a discussão sobre o contrato administrativo, mas estes não foram objeto de preocupação mais evidente do legislador na primeira metade do século XX. O Decreto nº 4536/1922, Código de Contabilidade, trouxe a previsão de "concorrência precedendo os contratos" e "tomada de contas pela execução dos contratos" e a jurisprudência brasileira, ao longo do século XX, já admitia a ideia do contrato administrativo possuidor de um regime especial de prerrogativas da Administração mesmo antes do Decreto-Lei nº 2.300/1986.⁴⁹

Na década de 60 foi editado o Decreto- Lei nº 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal. Luiz Henrique Urquhart

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁸ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010, p. 153-167.

⁴⁹ "Da análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais referidos, percebe-se, como de início indicado, que a teoria do contrato administrativo, nos moldes franceses, foi progressiva e majoritariamente sendo acolhida no Brasil, ao longo do século XX, resultando no tratamento legislativo surgido (somente) na década de 80.

Admita-se, por um lado, que, em grande parte do período analisado, carecia de maior precisão formal e sistemática o tratamento dado pelo Direito legislado ao tema, mediante os citados Decretos de 1922, centrados na questão da contabilidade pública da União". (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010, p. 166-167).

Cademartori e Raísa Carvalho Simões descrevem que “*Proporcionando, pois, a implantação de uma filosofia de desburocratização, através do Decreto-Lei nº 200 de 1967, a administração pública federal brasileira foi descentralizada e as noções de administração direta e indireta instituídas*”.⁵⁰

O Decreto- Lei nº 200/1967 insere os institutos das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos e previa nos arts. 125 a 144 normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações para a Administração Direta e as autarquias. O art. 134 desse decreto já tratava dos contratos decorrentes de licitações. Posteriormente, estes artigos foram revogados pelo **Decreto-Lei nº 2.300/1986 que passou a dispor** sobre as licitações e contratos da Administração Federal. Finalmente, este decreto foi revogado pela Lei nº 8.666/1993 que atualmente é a norma geral que regula as licitações e contratos da Administração Pública.

Fernando Dias Menezes de Almeida escreve que o descolamento entre o pensamento doutrinário e a previsão normativa existente sobre a matéria na maior parte do século XX, prevalecendo na jurisprudência a construção doutrinária e, enfim, alterando-se a legislação para moldá-la a tal construção, reitera o caráter dogmático do tratamento dado ao Direito Administrativo no Brasil, ao longo de quase todo o século passado.⁵¹

Traçadas essas linhas sobre a teoria dos contratos administrativos uma questão que se coloca é se as ideologias que informavam os contratos no início do século XIX ainda estão presentes na atualidade.

Um dos aspectos a ser considerado no conceito de contrato é o econômico e hoje, além da estabilidade da relação jurídica, busca-se também a estabilidade econômica nos contratos administrativos. Há a necessidade de estabilização da relação econômica que não sobreviveria se observadas as bases fixadas no início do século XIX, pois neste período a estabilidade

⁵⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p. 232.

⁵¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010.

relacionava-se com o princípio do “*pacta sunt servanda*”. Trata-se, então de uma relativização do “*pacta sunt servanda*” que pode ser observada com a aplicação de teorias como a teoria da imprevisão. Falar em “imprevisão” é considerar um fator externo ao contrato, o que denota o reconhecimento de que existem elementos externos que interferem na rigidez da relação contratual.

Neste ponto, pode-se considerar que há uma agregação de valores à teoria clássica e os conceitos clássicos sofrem alterações e adaptações para se chegar aos novos modelos de contrato e tais adaptações se relacionam com a diminuição da carga autoritária do contrato administrativo.

1.2.2 Noção de contratos administrativos

Enzo Roppo discorre que as relações entre contrato e ação administrativa não evoluem de modo unidimensional, resultando, ao invés em tendências objetivamente contraditórias. O autor afirma que a expansão da intervenção pública nas atividades econômicas privadas causa uma dilatação da ingerência dos órgãos administrativos no exercício da autonomia contratual e que isso está na origem de algo oposto referente ao fato de que “(...) o contrato se apresenta como instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as finalidades da acção administrativa (...). De modo que o contrato, se assim se pode dizer, celebra a sua “vitória” sobre a actividade administrativa da administração pública.”⁵²

O autor também pondera que a afirmação do modelo “convencional” em lugar dos instrumentos de imposição unilateral é um processo “rico de potencialidades positivas: isto porque a procura e a promoção do “consenso” dos “administrados” significam desenvolvimento da sua activa e consciente “participação”, o que relaciona com a democracia e eficiência do procedimento

⁵² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 342.

administrativo.⁵³ O contrato coloca-se como “*símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade*”.⁵⁴

De 30 anos para cá há questionamentos do papel central do ato administrativo, buscando outras formas de expressão de atos do Poder Público. Os contratos administrativos são umas dessas formas de expressão de atos do Poder Público e exercem papel relevante na forma de atuação da Administração Pública. Ao buscar a “noção de contratos administrativos” segue-se o ensinamento de Agustín Gordillo de que não se trata de buscar ou negar a essência ou substância de um vocábulo jurídico,⁵⁵ mas sim de apresentar as noções traçadas por alguns autores de modo a estabelecer uma noção adequada para a compreensão do tema e que atenda a finalidade do presente trabalho.

Onofre Alves Batista Júnior expõe que no Direito Administrativo diversas podem ser as definições corretas de contrato administrativo conforme o sistema doutrinário de Direito Público adotado, desde que harmonizados no sistema conceitual.⁵⁶

José Cretella Júnior trata do dinamismo ininterrupto da administração afirmando que através de atos e contratos “*projeta-se a administração no mundo jurídico, de maneira dinâmica, concretizando sua vontade, ora impondo, ora realizando acôrdos, umas vezes agindo em razão de seu preponderante jus imperii, outras vêzes procedendo através do consenso*

⁵³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 346-347.

⁵⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 346-347.

⁵⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10. ed., Buenos Aires: F.D.A., 2009, p. XI- 1. Disponível em: www.gordillo.compdf_tomo1capituloXI.pdf acesso em 05-09-12 as 10h24m. (tradução livre).

⁵⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

mútuo de vontades”. E prossegue, se impõe sua *potestas*, edita atos ou se consulta a vontade de outras pessoas celebra pactos.⁵⁷

O autor descreve que a qualquer acordo celebrado pela administração com pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado ou de direito público dá-se o nome de contrato da administração⁵⁸ que define *como “acôrdos de vontades contrapostas, de que participa a administração, combinados para produzir consequências jurídicas sôbre as partes contratantes”*.⁵⁹ Os contratos da administração podem ser contratos de direito privado ou de direito público. Nem todo contrato da administração é contrato administrativo, pois este é espécie do contrato da administração submetido a um regime jurídico de direito público, visto que se acham em jogo fins de interesse público e podem ser celebrados entre uma administração pública e um particular ou uma administração pública e outra administração.⁶⁰

A definição de José Cretella Júnior de contrato administrativo leva em conta o objetivo relacionado aos interesses coletivos, qual seja, “(...) *todo acôrdo oposto de vontades de que participa a administração e que, tendo por objetivo direito a satisfação de intêresses coletivos, está submetido a um regime jurídico de direito público*”.⁶¹

Fernando Dias Menezes de Almeida descreve que “a *noção de contrato administrativo é uma peculiar solução teórica, decorrente de uma progressiva construção com base factual e histórica, voltada a explicar a relação entre entes estatais e pessoas privadas para uma “colaboração voluntariamente consentida”, visando ao desempenho das funções estatais*”.⁶²

⁵⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, p. 14.

⁵⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, p. 14.

⁵⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, p. 15.

⁶⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense.

⁶¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, p. 47.

⁶² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010, p. 152.

Rubén Flores Dapkevicius define que há contratos administrativos quando um dos sujeitos que nele participa é a Administração (critério subjetivo).⁶³ O autor elenca alguns dos critérios utilizados pela doutrina para distingui-los dos contratos privados: critério subjetivo, da qualificação legislativa, da jurisdição, do procedimento, do serviço público, finalidade, material conclui que, em definitivo, o critério subjetivo deve ser usado para distinção de um contrato administrativo, mas que não há obstáculo para a aplicação de mais de um critério.⁶⁴

A despeito das inúmeras diferenciações terminológicas pode-se traçar que a noção de contratos administrativos se relaciona com o meio de composição de interesses, negociação e medidas necessárias a consecução de interesses públicos. Verifica-se um acordo de vontades, um ajuste entre duas ou mais partes, estando a Administração Pública em pelo menos um dos pólos da relação jurídica, a respeito de objeto tutelado pelo ordenamento jurídico e que gera compromissos.

1.2.3 Regime jurídico dos contratos administrativos

Eduardo Garcia Enterría pondera que entendidos os contratos administrativos como verdadeiros contratos a questão que se coloca no direito francês e no espanhol é se são ou não distintos dos contratos civis⁶⁵. Para o autor essa distinção tem origem pragmática relacionada ao tema processual referente a jurisdição aplicável, ou seja, contencioso administrativo ou ordinária, não tendo transcendência no plano material ou substancial.⁶⁶

⁶³ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Manual de Derecho Público*. Tomo II. Derecho Administrativo. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2007, p. 262 (tradução livre da autora).

⁶⁴ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Manual de Derecho Público*. Tomo II. Derecho Administrativo. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2007.

⁶⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás- Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 595.

⁶⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás- Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 598-599.

(...) é possível, em princípio, caracterizar uma modulação geral que a Administração introduz sempre em toda classe de contratos, sejam administrativos (por sua relação com a jurisdição contencioso-administrativa) sejam civis propriamente ditos (porquanto de suas incidências conhecem os tribunais ordinários). Estas duas espécies de contratos cumpridos pela Administração se unificam em seu regime de aspectos muito relevantes (...).⁶⁷

O autor estabelece a premissa de que não se tratam de “*realidades radicalmente diferentes e rigorosamente separadas*”,⁶⁸ devido a possibilidade de convivência de regras de Direito Administrativo e Direito Privado sem alterar a essência do instituto contratual e define que “*O regime jurídico dos contratos administrativos não é, portanto, unitário e puro, senão variável e misto, aparecendo sempre misturados em diferentes proporções do Direito Administrativo e o Direito Privado*”.⁶⁹

Romeu Felipe Bacelar Filho sintetiza que ao longo da história, muitas teorias preocuparam-se em explicar a natureza jurídica dos contratos decorrentes de concessões de serviço público, notadamente para determinar o vínculo entre o Poder Público e o particular quando este está desempenhando atividades próprias daquele. Os estudos procuram enquadrar essas atividades em: teorias unilaterais (concepção alemã), teorias bilaterais ou contratuais e a chamada teoria mista. Em síntese, as teorias unilaterais negam a existência de contrato no campo do direito público, a teoria bilateral defende que a Administração equipara-se ao particular quando contrata e a teoria mista propicia a sedimentação da teoria do contrato de direito público, de que seria espécie o contrato administrativo.

O autor expõe que a doutrina deve a Laband do direito alemão a teorização do contrato de direito público como uma espécie da categoria geral do contrato. Expõe que “*(...) o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade.*

⁶⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás- Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 603.

⁶⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás- Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 611.

⁶⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás- Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 619.

Inserir-se no Direito e, como tal, deve ser estudado”.⁷⁰ e no caso dos contratos administrativos o regime jurídico-administrativo impõe à Administração Pública sujeições e também garante-lhe prerrogativas.

José Cretella Junior também entende o contrato como conceito geral e abstrato, de natureza puramente formal, que pertence ao direito privado e ao direito público, sendo um conceito da teoria geral do direito.⁷¹

Floriano de Azevedo Marques Neto aponta a importância dos contratos da Administração Pública na construção de uma Administração menos autoritária e mais consensual. O autor esclarece que a partir de 1960 firma-se a doutrina que entende que o contrato pertence à Teoria Geral do Direito e que o contrato administrativo tem como peculiaridades a supremacia da Administração Pública (cláusulas exorbitantes) e as cláusulas econômicas para particular.⁷² Para o autor a consequência é que o contrato administrativo seria “*uma fonte relativa de obrigações*”:

Ao se afastar das teorias que negavam a existência do contrato administrativo, contraditoriamente a doutrina brasileira acabou por esvaziar o contrato como *fonte de obrigação para a Administração*. Como se costumou asseverar, descaberia obrigar a Administração a cumprir o quanto pactuado num contrato, exigir a execução da norma contratual em favor do particular em muitas situações, porquanto não seria possível que “o interesse público ficasse vergado ao interesse particular”.⁷³

Ao analisar o “*itinerário do contrato administrativo do Brasil*” o autor aponta que a concepção gerou dois males, quais sejam, esvaziava o caráter obrigacional sob a alegação de supremacia do interesse público e a tendência de uniformizar segmentos do Direito Administrativo faz os contratos perderem sua maior vantagem que seria a de dispor de normas específicas vinculantes as partes. Um regime único não atende todas as modalidades, pois se faz

⁷⁰ BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009, p. 157.

⁷¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense.

⁷² MARQUES NETO, Florian de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009.

⁷³ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009, p. 76.

necessário contratos atípicos e modelos mais flexíveis e mais adaptáveis as múltiplas circunstâncias.⁷⁴

Conforme exposto, a consideração do contrato como uma categoria que não pertence nem ao direito público e nem ao direito privado norteia presente abordagem do tema com o fim de destacar que ao tratar dos contratos da administração e dos contratos administrativos surgem diversas possibilidades de aplicação de premissas de direito público e de direito privado considerando as diversas categorias de contratos firmados pelo Poder Público os quais, muitas vezes, recebem o mesmo tratamento de forma equivocada.⁷⁵

A desmistificação da questão permite a consideração de cada contrato firmado pelo Poder Público como um contrato em si mesmo e a partir dessa ponderação deve-se buscar as regras aplicáveis. Entende-se que em alguns casos não há que se falar em “regime”, no sentido de um conjunto de premissas prontas e acabadas a serem aplicadas a um contrato, mais sim de se buscar premissas tanto do direito público como do direito privado aplicáveis a cada contrato. Isso exige um esforço dos agentes envolvidos e no propósito de apontar uma contribuição no trato do tema aborda-se a correlação entre a Administração consensual e contratos administrativos.

1.3 Contratos firmados entre o Poder Público

1.3.1 Noção de contratos interadministrativos no direito comparado

⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009.

⁷⁵ Onofre Alves Batista Júnior destaca que um critério único que permitisse distinguir os contratos administrativos dos contratos privados da Administração não pode na atualidade ser considerado um problema fulcral do Direito Administrativo, pois uma dicotomia rígida entre os contratos da Administração seria artificial e dissonante da realidade. (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. Quartier Latin, 2007).

Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio apontam que *“Muito se tem estudado acerca da relação Estado e sociedade, mas pouco se tem estudado acerca das relações entre Estado e Estado, sob a perspectiva da Administração e da gestão social”*.⁷⁶

Esta lacuna apontada pelas autoras é uma das razões do presente trabalho visto que a questão dos contratos firmados entre entes do Poder Público, pela importância do tema e por serem uma realidade no Brasil, merece ser acolhida com mais afinco na doutrina, legislação e jurisprudência do país. O propósito da presente abordagem é trazer a importância da discussão do tema como forma de contribuir para o aprimoramento das questões decorrentes de tais contratos na realidade brasileira.

Após tecidas algumas considerações sobre os contratos administrativos e sobre o tema no contexto brasileiro chega-se a abordagem dos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil e o esforço a seguir é no sentido de buscar as conexões deste tema específico com o tema geral referente aos contratos administrativos e de relacionar os ensinamentos do direito comparado sobre os contratos interadministrativos com a realidade brasileira a fim de apontar algumas situações marcadas por dificuldades práticas para a resolução de impasses decorrentes de contratos celebrados entre o Poder Público no intuito de trazer uma sistematização teórica de possíveis soluções jurídicas para a questão.

No desenvolvimento deste ponto repete-se aqui o ensinamento de Agustín Gordillo de que *“não embarcamos na busca ou negação da “essência” ou “sustância” de um vocábulo jurídico”*⁷⁷ e sim em apresentar as noções estabelecidas por alguns autores de modo a delimitar o que se entende por contratos interadministrativos e buscar a sua correlação com a noção que a

⁷⁶ MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2010, p. 94.

⁷⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10. ed., Buenos Aires: F.D.A., 2009, p. XI- 1. Disponível em: www.gordillo.compdf_tomo1capituloXI.pdf acesso em 05-09-12 as 10h24m (tradução livre).

aqui pretende-se traçar de contratos firmados entre o Poder Público de modo a atender os fins do presente trabalho.

Neste ponto do trabalho serão especialmente explorados os ensinamentos de Alexandra Leitão sobre os contratos interadministrativos, com vistas a buscar uma noção e sistematização de tais contratos que possa ser aplicada a realidade brasileira. Inicia-se com o destaque da autora para a importância dos contratos interadministrativos na Administração Pública contemporânea:

O crescimento e a diversificação das tarefas cometidas à Administração Pública contemporânea e o consequente aumento exponencial da sua estrutura, bem como a necessidade de simplificar procedimentos, conduziram ao recurso generalizado aos contratos interadministrativos, com vista à prossecução conjunta ou pelo menos, cooperativa dos fins públicos cometidos a cada entidade administrativa.⁷⁸

A autora trata do contexto de Portugal que é um Estado Unitário, mas destaca que, na atualidade, “(...) a proliferação de mecanismos cooperativos justifica um estudo sistemático dos modelos de Administração concertada, independentemente da estrutura do Estado (...)”, pois essa concertação ocorre tanto entre entes de base territorial como entre entidades públicas de base institucional e associativa e até entre órgãos da mesma pessoa coletiva.⁷⁹

Os sistemas descentralizados de poderes “imposto pelas Constituições de todos os Estados democráticos, em maior ou menor grau” demanda formas de concertação, contratuais ou não, devido a dispersão de atribuições e competências “que muitas vezes se encontram mesmo numa absoluta separação e até contraposição de interesses”⁸⁰ e destaca a necessidade de celebração de contratos interadministrativos nesse contexto:

⁷⁸ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 15.

⁷⁹ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 17.

⁸⁰ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 50.

Assim, a adoção de um sistema descentralizado gera a necessidade de as entidades públicas colaborarem entre si, o que conduziu à instituição, em muitos casos, de diversos tipos e formas de colaboração e cooperação antes mesmo da sua consagração legislativa, pelo que os instrumentos de colaboração surgiram quase por “geração espontânea”. Isto é possível, no que à celebração de contratos interadministrativos diz respeito, porque as entidades públicas gozam de capacidade jurídica geral e autonomia pública contratual, não carecendo de atribuição concreta dessa capacidade por via legislativa.⁸¹

Como exposto no ponto referente a teoria do contrato administrativo, a doutrina alemã inicialmente negava a categoria dos contratos administrativos, porém, conforme destacado por Agustín Gordillo, a doutrina clássica alemã admitia os contratos interadministrativos que são os celebrados entre distintas administrações.⁸²

Gustavo Justino de Oliveira ensina que, de modo paradoxal, o direito alemão, que negava a natureza contratual dos contratos entre a Administração Pública e o particular, só reconhecia como contratos administrativos aqueles firmados entre entidades públicas, sob a denominação contratos de coordenação. Conforme a doutrina alemã contratos de coordenação seriam contratos não em virtude do conteúdo, mas pela paridade na relação entre as entidades públicas contratantes.⁸³

Para o autor a despeito da evolução no direito alemão sobre os contratos públicos esta noção tem “*valor histórico e hermenêutico inestimável*”, pois em decorrência dela se constata a possibilidade de entidades e órgãos públicos firmarem acordos para atingirem objetivos comuns e que “*tal conduta*

⁸¹ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 51.

⁸² “*En una primera orientación, la más antigua, se interpreta que todos los contratos celebrados por la administración —una persona estatal— con sujetos privados de derecho están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay allí una categoría nueva de contratos, además de los privados. Esta es p. ej. la solución clásica de la doctrina alemana, donde sin embargo se admite la categoría del contrato interadministrativo, que es el celebrado entre distintas administraciones*”. (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10. ed., Buenos Aires: F.D.A., 2009. p. XI 10-11. Disponível em: www.gordillo.compdf_tomo1capituloXI.pdf acesso em 05-09-12 as 10h24m).

⁸³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

há de ser exercida cotidianamente no âmbito organizatório da Administração Pública, com o fito de possibilitar um melhor exercício da função administrativa” e destaca:

Assim, difunde-se mundialmente no setor público uma contratualização da ação administrativa; contratualização das relações interorgânicas, intra-administrativas e interadministrativas, com o recurso a acordos organizativos ou convenções administrativas. É o âmbito dos contratos interadministrativos e dos acordos interorgânicos, firmados entre entidades ou entre órgãos administrativos.⁸⁴

A concepção alemã de contrato administrativo ajuda a compreender os contratos interadministrativos e também outras categorias do contrato administrativo no Brasil como o contrato gestão, convênio e consórcio.

Juan Carlos Cassagne ao tratar dos contratos interadministrativos trata dos acordos entre dois ou mais sujeitos estatais e explica que por aplicação extensiva da teoria da superação das formas jurídicas, as regras desses contratos também se aplicam aos acordos entre entidade pública estatal, centralizada ou descentralizada, com sociedade comercial em cuja administração ou capital haja participação majoritária do Estado⁸⁵. Para este autor a presença de dois ou mais sujeitos estatais neste tipo de acordo dá a esta contratação uma modulação especial, caracterizada pela ausência de prerrogativas exorbitantes ao direito comum, para evitar que se afete o princípio de unidade de ação no Estado Federal argentino.⁸⁶

Miguel Ángel Berçaitz descreve os contratos interadministrativos como os celebrados entre dois órgãos administrativos com personalidade jurídica e destaca que sua proliferação se relaciona com o aumento da descentralização administrativa.⁸⁷

⁸⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65-66.

⁸⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeló- Perrot, 1999.

⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeló- Perrot, 1999.

⁸⁷ Miguel Ángel Berçaitz define que “quando o contrato é celebrado entre dois organismos administrativos, se ambos perseguem o mesmo fim, não haverá oposição de interesses, não haverá duas vontades opostas frente a frente, combinadas para produzir um efeito jurídico, ou seja, não haverá contrato; haverá um ato colectivo, um ato complexo, uma união” (idem, p.

Alexandra Leitão define que o fundamento jurídico-político do contrato interadministrativo⁸⁸ é a “autonomia pública contratual das entidades públicas contratantes”⁸⁹ e que estes possuem também fundamentos políticos específicos e o primeiro deles consiste na “(...) *substituição, na Administração moderna, do modelo assente na autoridade, por um modelo assente no consensualismo.*”⁹⁰

A autora traça no começo de sua obra um conceito provisório de contratos interadministrativos como os contratos celebrados entre dois sujeitos públicos, mais especificamente, entre duas entidades administrativas e descreve que “Assim, esses contratos são um modo de constituição, modificação e extinção de relações jurídicas interadministrativas, pelo que este conceito acaba por ser instrumental relativamente àquele”.⁹¹

A noção da autora de que são acordos de vontades entre duas ou mais entidades administrativas, ou seja, possui uma estrutura consensual e tem como ponto de partida o conceito de contrato, no sentido de negócios jurídicos bilaterais.⁹² Podem existir contratos interadministrativos entre pessoas coletivas

152). E continua asseverando que, “se o organismo administrativo que colabora na prestação do serviço público (...) persegue um fim econômico, haverá contrato administrativo (...)” (idem). Com efeito, a locução *contrato interadministrativo* visaria a retratar relações entre entidades administrativas que evocam, além da personalidade jurídica imanente a essas entidades, um conteúdo econômico ou patrimonial do ajuste. Assim, defende-se neste trabalho a difusão da terminologia *acordo administrativo* para expressar um fenómeno diverso e mais generalizado, correspondente aos ajustes firmados entre entidades ou entre órgãos administrativos, sobretudo aqueles que tenham por objeto matéria organizatória: os *acordos administrativos organizatórios*. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.66).

⁸⁸ Quanto ao fundamento jurídico-político dos contratos interadministrativos a autora descreve que existem essencialmente duas perspectivas de abordagem: uma organizativa e outra contratualista. Pela perspectiva organizativa estes são antes formas consensualizadas de organização administrativa e pela perspectiva contratualista o fundamento é a autonomia da vontade. (LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p.101).

⁸⁹ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p.102.

⁹⁰ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p.105.

⁹¹ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 27.

⁹² “Por outro lado, os contratos interadministrativos são acordos de vontades que assumem natureza contratual, uma vez que produzem efeitos juridicamente vinculantes, que resultam da natureza das cláusulas pactuadas pelas partes quando estas tenham um conteúdo obrigacional (ou real). Por sua vez, as cláusulas têm efeitos obrigacionais sempre que: (i) versem sobre

públicas e também entre órgãos *“uma vez que esse contrato pode titular relações interorgânicas, desde que estas não se estabeleçam entre órgãos sujeitos à hierarquia administrativa e os seus subalternos.”*⁹³

Após desenvolver que a despeito de indefinição terminológica na legislação portuguesa em decorrência de suas características estes acordos se tratam de contratos a autora os conceitua como *“acordo de vontades celebrado entre duas entidades públicas através do qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”*.⁹⁴ No tocante a relação jurídica administrativa a concepção da autora refere-se à adoção de um critério material orientado em função da prossecução do interesse público, exigindo-se apenas que a relação jurídica seja regida essencialmente, mas não exclusivamente, pelo Direito Administrativo.⁹⁵

A autonomia desses contratos decorre de alguns fatores como seu próprio fundamento, do fato de serem celebrados entre entidades públicas regidas pelo Direito Administrativo e também de seu objeto e da estrutura da relação contratual que apresentam características específicas.⁹⁶

Conforme a autora os contratos interadministrativos, genericamente estabelecidos como os celebrados entre entidades administrativas, fazem parte das relações jurídicas interadministrativas, as quais são *“estabelecidas à luz*

actividade das entidades intervenientes; (ii) o seu conteúdo se inclua na esfera própria de actuação das entidades contratantes; (iii) estabeleçam direitos e deveres para as partes; (iv) estes direitos e deveres tenham um mínimo grau de concretização”.(LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 117).

⁹³ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 123.

⁹⁴ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 123.

⁹⁵ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 123.

⁹⁶ *“Os sujeitos são, necessariamente, dois ou mais entes administrativos, independentemente da respectiva posição relativa, sem prejuízo da possibilidade de haver particulares que sejam também parte nesses contratos, quando se trate de um contrato multilateral. Isso significa que, ao contrário do que acontece nos contratos administrativos, que têm uma estrutura heterogênea, na medida em que resultam de um encontro de vontades qualitativamente diferentes- uma pública e uma privada-, nos contratos interadministrativos essa estrutura é homogênea, uma vez que estão em causa duas vontades públicas, mesmo que prossigam interesses públicos diferentes.* (LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p.132).

dos princípios da cooperação, da colaboração e da coordenação”⁹⁷ e chega a conclusão:

os contratos interadministrativos têm uma vocação natural para substituir ou complementar as figuras da tutela, da superintendência e da hierarquia, que são insuficientes para abarcar a complexidade e a diversidade das relações interadministrativas no quadro da Administração Pública contemporânea. A par destes institutos, que constituem relações verticais entre entidades administrativas, surgem relações horizontais, baseadas na cooperação e na colaboração, que permitem conferir maior flexibilidade e capacidade de adaptação à Administração perante os desafios do mundo actual.⁹⁸

A autora sintetiza que na atualidade estes contratos são “(...) *cada vez mais, não apenas uma alternativa à actuação unilateral da Administração, mas também à contratação com privados*”⁹⁹ e que “*ao tradicional binómio acto/contrato- entendido este último como forma de associar os particulares à prossecução do interesse público- se deve acrescentar uma outra realidade- o contratos interadministrativo.*”¹⁰⁰

1.3.2 Regime jurídico e elementos dos contratos interadministrativos no direito comparado

No ponto referente à noção de contratos Administrativos apresentou-se o conceito de Rubén Flores Dapkevicius que os define pelo critério subjetivo, ou seja, quando um dos sujeitos que participam do contrato é a Administração.¹⁰¹ O autor explica a questão das nomenclaturas “*Em nossa*

⁹⁷ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 9.

⁹⁸ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 9.

⁹⁹ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 109.

¹⁰⁰ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 110.

¹⁰¹ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Manual de Derecho Público*. Tomo II Derecho Administrativo. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2007, p. 262 (tradução livre).

opinião o nome interessa limitadamente. O transcendente é o regime jurídico do gênero e da espécie. Se o nome cumpre essa função é suficiente” e ao estudioso ou o aplicador do Direito, em sede administrativa ou jurisdicional, cabe observar cada espécie de contrato, pois o direito aplicável será conforme a espécie de contrato.¹⁰²

Juan Carlos Cassagne ao tratar dos acordos entre dois ou mais sujeitos estatais defende que esta contratação segue uma modulação especial caracterizada pela ausência de prerrogativas exorbitantes para evitar que se afete o princípio de unidade de ação no Estado Federal. Para autor o regime jurídico dos contratos interadministrativos se caracteriza pelas seguintes peculiaridades: *“a) exceção ao requisito da licitação pública no processo de seleção; b) inaplicabilidade de multas ou sanções pecuniárias a entidades estatais; c) um particular sistema de solução de conflitos; (...)”*.¹⁰³

Gaston Jèze pondera que para a aplicação de regras especiais de direito público o contrato deve ter por objeto assegurar o funcionamento de um serviço público e as partes contratantes tem que desejar se submeter a um regime jurídico que sai da órbita do direito civil, a um regime de direito público.¹⁰⁴

Alexandra Leitão estabelece que podem ser identificados dois *“grandes tipos”* de contratos interadministrativos *“aqueles que só são celebrados entre entidades administrativas e que constituem formas de cooperação interadministrativa; e os contratos que estão sujeitos a uma lógica de mercado, sendo celebrados quer entre duas entidades públicas, quer entre um contratante público e um particular.”*¹⁰⁵ Quanto as prestações dos contratos interadministrativos estas tanto podem ser *“civis ou dentro do comércio,* semelhantes às que são contratualizadas entre privados, e contratos cujas

¹⁰² FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Manual de Derecho Público*. Tomo II Derecho Administrativo. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2007, p. 262.

¹⁰³ CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abelot- Perrot, 1999, p. 29 (tradução livre).

¹⁰⁴ JÈZE, Gaston. *Principios generales de derecho administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 313.

¹⁰⁵ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 107.

prestações são tipicamente *administrativas*, ou seja, pressupõem o exercício de poderes públicos.”¹⁰⁶

A autora defende a autonomia dogmática quer relativamente aos contratos celebrados entre a Administração e os particulares, quer em relação aos contratos privados e pondera que as regras aplicáveis aos contratos interadministrativos têm que ser construídas a partir do regime jurídico dos contratos celebrados com particulares, considerando as derrogações e adaptações que contribuem para a autonomização dogmática desses contratos interadministrativos em relação aos restantes contratos celebrados pela Administração, sendo este “*o cerne da autonomia destes contratos*”.¹⁰⁷

Diante da observação de que a despeito da constante pactuação de contratos entre os entes do Poder Público no Brasil entende-se que a questão merece mais discussões e o devido tratamento pela doutrina, legislação e jurisprudência nacionais.

Traçadas essas considerações, no item seguinte pretende-se relacionar os preceitos dos contratos interadministrativos com a realidade brasileira e apresenta-se alguns conceitos e premissas referentes aos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil.

1.3.3 Contratos firmados entre o Poder Público no Brasil

1.3.3.1 Noção de interesse público e de prerrogativas do Poder Público

Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Raísa Carvalho Simões explicam que no Brasil a “*Administração pública brasileira vivenciou desde a*

¹⁰⁶ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 108.

¹⁰⁷ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 21-22.

sua formação três modelos de gestão: o patrimonialista, o burocrático e o gerencialista”.¹⁰⁸

No modelo gerencialista a administração confere maior autonomia aos entes públicos e parceiros privados para controlar apenas os resultados de suas atividades, para tanto, *“parte do pressuposto de que existe uma ilibada intenção das entidades e parceiros em primarem pelo interesse público, ou seja, os interesses pessoais não se farão presentes nesse âmbito de gestão administrativa.”*¹⁰⁹

A despeito disso, observa-se que *“o modelo de dominação patrimonial, caracterizado pela confusão indiscriminada dos interesses públicos com os interesses privados e pela concentração do poder numa camada institucionalizada”* vigorou no século XIX pela herança tradicionalista e deixou marcas capazes de *“atravessar as fronteiras do tempo e da democracia, mostra-se bastante presente, ainda nos dias atuais, especialmente na administração pública brasileira.”*¹¹⁰

A ponderação dos autores quanto a *“sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro”*¹¹¹ é exposta no início dessa abordagem das noções de interesse público e prerrogativas do Poder Público para ressaltar que é sabido que na prática a realidade das atividades do Poder Público além dos aspectos jurídicos envolve também muitos outros aspectos, tais como, o social, o político, o econômico e o cultural, porém neste ponto do trabalho trata-se dos aspectos jurídicos da matéria.

¹⁰⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p. 230.

¹⁰⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p. 245-246.

¹¹⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p. 245.

¹¹¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009.

A evolução da noção de juridicidade dos princípios passa pelas fases jusnaturalista na qual os princípios praticamente não são dotados de juridicidade, pela fase positivista ou histórica que marca o ingresso dos princípios nos códigos e pelo pós-positivismo, momento em que é dado lugar a uma nova concepção de normatividade dos princípios na qual estes passam a ser considerados como direito. Os princípios passaram de uma consideração abstrata e relacionada ao ideal de justiça para uma concepção em que de forma expressa ou tácita compõe o ordenamento jurídico.

O regime jurídico administrativo é marcado pelo binômio prerrogativa da Administração Pública e direito dos administrados. Alguns princípios basilares do Direito Administrativo, tais como, o da supremacia e da indisponibilidade do interesse público desenvolvem-se a partir da consideração de que a função administrativa deve ser exercida com vistas ao interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello qualifica os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração como as “*pedras angulares do Direito Administrativo*”¹¹² e ensina que “*Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados*”.¹¹³

Para o autor o interesse público é “*o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”¹¹⁴ e só se justifica se visar a realização dos interesses das partes. Destaca que se deve extrair dessa noção de interesse público a necessidade de impedir o equívoco de supor que este é um interesse exclusivamente do Estado, pois “*não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do*

¹¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 49.

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53.

*Estado e demais pessoas de Direito Público*¹¹⁵ e que sua qualificação só pode ser encontrada no Direito Positivo tendo em vista tratar-se de um conceito jurídico.

Conforme exposto, Odete Medaur define que a noção de interesse público aparece como medida e finalidade da função administrativa.¹¹⁶ O princípio da supremacia do interesse público surge do estudo da dicotomia público-privado e, tradicionalmente, o interesse público era colocado como distinção. Conforme o princípio da indisponibilidade do interesse público é vedado à autoridade adotar ou deixar de adotar medidas relevantes ao atendimento do interesse público. Aponta que a expressão interesse coletivo também pode aparecer no sentido de interesse público ou geral e que em comparação com o termo interesse social que se relaciona ao interesse da sociedade o interesse público se liga ao interesse do Estado.

O sentido de interesse público adotado por Odete Medaur nesta reflexão é o sentido tradicional de fundamento e fim do exercício da função e da tomada de decisões e conclui que a despeito de ser impossível uma definição jurídica precisa é possível *“associá-la ao que deveria ser o bem de toda a coletividade, a uma percepção geral das exigências da comunidade”*.¹¹⁷

Além da indeterminação do interesse público Odete Medaur aponta que outros fatores que acarretaram mudanças na dualidade público/privado¹¹⁸ contribuem para a heterogeneidade do interesse público, dentre eles a atuação de particulares considerada de interesse público, como concessionários e permissionários de serviço público e a formação de grupos, associações,

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, 2004, p. 56.

¹¹⁶ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹¹⁷ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 189.

¹¹⁸ No tocante a dicotomia interesse público-privado apresenta-se a ponderação de Patrícia Baptista: “A sociedade contemporânea é uma sociedade pluralista. A dicotomia interesse público-privado não mais se mostra suficiente para resumir o problema dos fins da Administração-Pública. Ao lado do interesse público e dos interesses privados, concorrem agora novas categorias de interesses que a formulação original da idéia da supremacia do interesse público ignorava por completo: os interesses coletivos, difusos e sociais”. (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 198).

sindicatos que buscam interferir na tomada de decisões para que seus interesses passem a integrar o interesse público.¹¹⁹

A autora destaca, também, que a concepção da Administração detentora do interesse público dá lugar a uma ideia de que essa atribuição deve ser compartilhada com a sociedade e as mudanças nessa noção trazem a heterogeneidade do interesse público e da ideia de primazia de interesses passa-se para uma concepção de ponderação dos interesses em confronto.¹²⁰

Luísa Cristina Pinto e Netto destaca que *“O interesse público não deve ser concebido como um fim a ser perseguido a qualquer custo e em detrimento dos interesses privados; é preciso encontrar um equilíbrio, sempre que possível, na busca pelo interesse público em consonância com os interesses privados”*,¹²¹ e prossegue:

(...) o Estado, ainda que se utilize de formas do Direito Privado, não se torna, entretanto, pessoa igual aos particulares, visto que sempre é movido por princípios próprios, pela ideia de função, que o coloca a serviço de uma finalidade cogente. Mesmo perseguindo interesses imediatamente econômicos ou financeiros, seu fim mediato sempre é o interesse público- lembre-se que o interesse público tem conceito bastante mutável, dependendo de escolhas políticas feitas em determinada época, em cada grupo social.¹²²

Como descrito por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy o conceito geral de interesse público como critério hermenêutico poderia ser utilizado de modo recorrente, porém *“(...) o conceito é variável, volátil, frágil. Muitas vezes,*

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹²⁰ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹²¹ PINTO E NETO, Luísa Cristina. Interesse Público e Administração Concertada. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 4, n. 7, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 175.

¹²² PINTO E NETO, Luísa Cristina. Interesse Público e Administração Concertada. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 4, n. 7, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 178.

tem-se a impressão de que a percepção de interesse público pode qualificar menos um indicativo seguro e objetivo do que um topói argumentativo".¹²³

Ao se buscar o alcance e sentido do princípio da supremacia do interesse público verifica-se a necessidade de desmistificação da expressão "interesse público" como forma de se chegar a um sentido adequado e negar a repetição vaga e desprovida de fundamento do termo a pretexto de que todos os atos da Administração Pública são realizados "a bem do interesse público".

Conforme Alexandra Leitão o interesse público "(...) *não é conjunto uniforme, antes compreendendo, do ponto de vista estrutural, diferentes tipos de interesses, sendo que este "pluralismo de interesses públicos" se repercute no modelo de organização administrativa*".¹²⁴ E é este pluralismo de interesses públicos "*que justifica a repartição de atribuições e competências entre entidades públicas, o que, por sua vez, é a razão pela qual se tornou necessário o desenvolvimento de formas de concertação e colaboração entre as diferentes pessoas colectivas públicas*".¹²⁵

Carlos Alberto Carmona esclarece a questão da noção de interesse público "*está na correta aplicação da lei*" e não se trata do interesse da Administração Pública:

Talvez tenha razão Eros Roberto Grau ao notar que o verdadeiro preconceito que se estabeleceu em relação à arbitragem envolvendo a Administração esteja vinculado ao erro comum de associar a ideia da indisponibilidade a tudo o que diga respeito, direta ou indiretamente, ao Estado. Os administrativistas já especificaram há muito tempo que uma coisa é o interesse público, outra o interesse da Administração ou da Fazenda Pública: o interesse público está na correta aplicação da lei, de tal sorte que, muitas vezes, para atender o interesse público, é preciso julgar contra a Administração.¹²⁶

¹²³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 17-18.

¹²⁴ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 61.

¹²⁵ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 61-62.

¹²⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65.

O Poder Público firma contratos administrativos e também contratos civis e o regime aplicável a tais contratos deve ser analisado caso a caso sob pena de se aplicar indevidamente um regime administrativo em casos em que o Poder Público firmou um contrato de locação ou atua como usuário de um serviço público, por exemplo. É necessário ponderar no caso concreto o interesse público e o privado sem a utilização “*a priori*” e equivocada de fórmulas no sentido de que em nome de um “interesse público” as obrigações contratuais da Administração Pública não precisariam ser devidamente cumpridas.

Pablo Malheiros da Cunha Frota pondera a necessidade de análise do caso concreto diante do conflito entre supremacia do interesse público e dos princípios sociais do contrato:

A resolução do conflito entre princípios em um caso concreto (p. ex. supremacia do interesse público *versus* os princípios sociais do contrato) demanda do intérprete uma solução que não parta de fórmulas pré-estabelecidas e sim de uma construção argumentativa que utilize o caso concreto como parâmetro, as formas de expressão do direito adequadas para aquela situação como fundamento, a fim de que haja a decisão justa para a hipótese em análise, independentemente se a decisão tomada é (ou não) contrária à lei- paradigma judicativo decisório.¹²⁷

Ademais, pelo entendimento de Eduardo Garcia Enterría os contratos cumpridos pela Administração, sejam administrativos ou civis, não se tratam de “*realidades radicalmente diferentes e rigorosamente separadas*”,¹²⁸ pois neles podem conviver regras de Direito Administrativo e direito privado, sem alterar a essência do instituto contratual.

Onofre Alves Batista Júnior sintetiza que existe um movimento convergente de reconhecer que nem o contrato administrativo é tão exorbitante, como nem os contratos privados da Administração são exatamente idênticos aos contratos com particulares, havendo uma aproximação entre

¹²⁷ CUNHA, Pablo Malheiros da Frota. A derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade a partir do diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. In: SERBENA, Cesar Antonio (Org). *Teoria do Direito, princípios e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 276-277.

¹²⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás- Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 611.

todos os contratos da Administração, não havendo que se falar em um critério único para distingui-los.¹²⁹

Lara Ferreira Giovannetti correlaciona o interesse público e a possibilidade de autocomposição das demandas judiciais da Fazenda Pública:

A doutrina neopositivista nos ensina, com muita clareza, que o interesse público se consubstancia na promoção dos valores fundamentais e garantias individuais aos administrados. Com base nesse entendimento, a defesa judicial do interesse público não deve se pautar na absoluta resistência da pretensão autoral em desfavor da Administração Pública. Muito ao contrário, a doutrina da visão colaborativa do processo entende que a autocomposição pode ser uma forma eficaz e legítima de a Fazenda Pública contribuir com o jurisdicionado e, conseqüentemente, com o verdadeiro interesse público.¹³⁰

Entende-se que o devido cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público ao firmar um contrato administrativo é consectário do interesse público e o que sempre deve ser questionado é em que condição o Poder Público firmou esta obrigação, pois disso dependerá o regime jurídico e as premissas a serem aplicadas.

A questão levantada a seguir é o questionamento de que as prerrogativas do Poder Público,¹³¹ tais como, as prerrogativas do Poder Público em juízo e prazos prescricionais diferenciados devem ou não ser aplicadas quando este figura como parte de um contrato firmado com outro ente ou órgão do Poder Público ou quando é usuário de um serviço público prestado por outro ente estatal ou por concessionário ou permissionário de serviço público.

¹²⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. Quartier Latin, 2007.

¹³⁰ GIOVANNETTI, Lara Ferreira. O reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública sob uma ótica neoconstitucionalista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XI. Periódico da Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 265. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/7998/5783>

¹³¹ Conforme Juvêncio Vasconcelos Viana “Sem dúvida a realidade jurídico-material da Fazenda é diversa da dos particulares. Não se pode ignorar o fato de que a Administração Pública é detentora de um regime jurídico próprio, contando, dentre outras características, com a supremacia do interesse público e a presunção de legitimidade de seus atos.” (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 27).

Alice Maria Gonzalez Borges identifica que se criou nas Administrações uma idolatria das prerrogativas do Poder Público e o manejo para desvios, em desrespeito aos direitos dos administrados e que estas não podem ser confundidas com seu mau uso por meio de práticas ilegais e abusivas. Aponta que, notadamente a partir de 1988, as cláusulas exorbitantes vêm sofrendo limites e abrandamentos, de modo que as disposições imperativas sejam compensadas com a previsão da preservação do equilíbrio econômico-financeiro e a sua adequada remuneração, dentre outras, e que essas limitações e abrandamentos devem ainda aperfeiçoar-se mais.¹³²

Nesse sentido, entende-se que as prerrogativas do Poder Público¹³³ não podem ser invocadas e utilizadas de forma generalizada como uma premissa de que as obrigações contratuais assumidas pelo Poder Público não precisariam ser devidamente cumpridas ou de que as cláusulas exorbitantes sempre se aplicariam aos contratos firmados pelo Poder Público.

1.3.3.2 Repartição de competências entre os entes na federação brasileira

Alexandra Leitão trata dos contratos interadministrativos no contexto de Portugal que é um Estado Unitário, mas destaca que na atualidade há justificativa para um *“estudo sistemático dos modelos de Administração concertada independentemente da estrutura do Estado”*¹³⁴ e que *“A construção de um equilíbrio entre a unidade e a pluralidade é o objectivo central de*

¹³² BORGES, Alice Maria Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009.

¹³³ Ao analisar os contratos administrativos no Uruguai o autor Rubén Flores Dapkevicius destaca que *“Si bien la Administración puede poseer privilegios exorbitantes del Derecho común, la tesis contemporánea los entiende y aplica dentro del concepto de la Administración concertada, sosteniendo que los privilegios no son de principio. Por ello las prerrogativas se entienden y se deberían aplicar dentro de una planificación concertada”*. (p. 206) E conclui: *“(9) La forma de entender los privilegios de la Administración en la contratación administrativa ha evolucionado, sosteniendo, em general, que los mismos non son de principio”*. (p. 206) (FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Los contratos administrativos en la República Oriental do Uruguai. *Revista Interesse público*, ano 12, n. 62, jul./ ago. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010).

¹³⁴ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos* (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p.17.

*qualquer Estado, seja unitário ou composto, tendo em conta o pluralismo institucional e de interesses próprio dos Estados democráticos”.*¹³⁵

No tocante ao federalismo a autora destaca que nos sistemas federais o conceito de *“federalismo cooperativo pressupõe sempre a resolução de todos os problemas através da instituição de formas de colaboração mais ou menos formais, substituindo as relações assentes na hierarquia”*,¹³⁶ tal como no caso dos Estados Unidos da América e da Alemanha.

A forma de Estado é a maneira como este se estrutura dentro de seu território, com relação a sua descentralização político-administrativa, o qual pode assumir a forma de um Estado Unitário ou um Estado Composto que pode ser Federação ou Confederação.¹³⁷ Na Federação dois ou mais Estados se unem e formam um novo ser estatal soberano, enquanto aqueles possuem somente autonomia política.¹³⁸ Dentre os elementos essenciais do Estado Federal pode-se citar a constituição escrita, a indissolubilidade do vínculo, a repartição de competências e a presença de dois níveis de governo.

Raul Machado Horta descreve que as normas centrais da Constituição Federal designam um conjunto de normas constitucionais vinculadas à organização da forma federal de Estado com missão de manter e

¹³⁵ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos* (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p.70.

¹³⁶ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 72.

¹³⁷ Hans Kelsen defende que somente o grau de descentralização diferencia um Estado unitário dividido em províncias autônomas de um Estado federal. Já uma confederação internacional de Estados se distingue do Estado federal por meio de um grau de descentralização maior. Ou seja, na escala de descentralização, o Estado federal encontra-se entre o Estado unitário e uma união internacional de Estados. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

¹³⁸ No tocante a distinção entre os termos federalismo e federação claras as ponderações traçadas por Reverbel ao seguir as definições de Maurice Croisat de que *federalismo* se refere às ideias, aos valores, às concepções de mundo, que experimentam uma filosofia que compreende a diversidade na unidade, ou seja, a forma de estruturação e associação dos povos, dentro de determinado território. Já o termo *federação* busca caracterizar um certo Estado particularizado na geografia política e, assim, defini-lo de maneira comparativa, distinguindo-o dos demais Estados federais através do poder constituinte e da realidade constitucional de cada ordem política. (REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. 2010. Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 16).

preservar a homogeneidade dentro da pluralidade das pessoas jurídicas que compõem o Estado Federal.¹³⁹

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios¹⁴⁰ e do Distrito Federal e constitui-se em Estado Democrático de Direito que tem como um de seus fundamentos a soberania.¹⁴¹ Na federação brasileira os entes federados são autônomos política, administrativa e financeiramente e somente subordinados à Constituição, não havendo hierarquia entre eles.

O sistema constitucional de repartição de competências existe para a convivência harmônica entre os entes federados e manutenção do pacto federativo e essa repartição é regida pelo princípio geral da predominância do interesse, pois o interesse nunca é exclusivo de um ente federado.¹⁴² A União se relaciona ao interesse geral, os Estados quando o interesse preponderante for o regional, os Municípios quando for o interesse local e o Distrito Federal nos casos de interesse regional e local. Verifica-se que é possível áreas comuns de atuação administrativa, bem como há possibilidade de delegação, porém, na realidade essa repartição não funciona de forma tão organizada, pois em diversos casos existem atribuições em que prepondera interesse regional e local e que, mesmo assim, ficam a cargo a União sob a justificativa de seu aporte financeiro.

¹³⁹ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 254.

¹⁴⁰ O Brasil em 1960 possuía 2766 municípios, os números passam a ser 3952 municípios no ano de 1970, 3991 municípios no ano de 1980, 4491 municípios no ano de 1991, 5507 municípios no ano de 2000 e 5565 municípios no ano de 2010. (IBGE, *Censo Demográfico* 1960, 1970, 1980, 1991, 2000 e 2010).

¹⁴¹ A soberania de um Estado se relaciona com sua posição de igualdade com outros Estados no plano internacional e superioridade dentro de seu território, já a autonomia é o conjunto de competências que poderão ser exercidas dentro de determinados limites.

¹⁴² Conforme Léo Ferreira Leony tradicionalmente o Estado Federal é composto por um ente central, a União, que exerce seu domínio em todo o território nacional, e por entes regionais, os Estados-membros, com poder apenas sobre determinada parcela do território, formando uma ordem jurídica descentralizada, cujas normas apresentam esferas territoriais de validade diferentes, ou seja, algumas normas serão válidas para todo o território, quando emanadas do ente central (normas centrais) enquanto outras serão válidas apenas para uma parte específica dele, quando editadas por um ente regional (normas locais). (LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de Constitucionalidade Estadual: As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2).

Uma das questões que gera certa indefinição dos limites das competências de cada ente na federação brasileira é a expressão “interesse local”. Por exemplo, no tocante aos serviços públicos compete ao Município organizar e prestar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão os serviços públicos de interesse local (art. 30, inc. V da CF).

A expressão assunto de interesse local refere-se a um interesse que não é exclusivo, mas sim predominantemente do Município, pois há assuntos que interessam a todo o país, mas em alguns aspectos exigem regulamentação própria para determinados locais. André Carlos da Silva escreve que o interesse local é caracterizado por determinadas situações e não pela matéria, pois *“Aspectos da mesma matéria podem exigir tratamentos diferenciados pela União, pelos Estados e pelos Municípios. O essencial é que não se perca a noção de sistema, verificando-se a compatibilidade entre os diversos diplomas legais e a Constituição”*.¹⁴³ A análise deste exemplo nos remete à conclusão de que a indefinição dos limites das competências de cada ente pode gerar conflitos e custos desnecessários ao Poder Público.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy escreve que conflitos internos entre órgãos da administração direta e entes da administração indireta, bem como entre entes da administração indireta entre si são provocados por *“(…) superposição de competências, de responsabilidades e de atribuições, decorrentes até de imperfeições e de desacertos em fórmulas de descentralização e de desconcentração”*.¹⁴⁴

Alexandra Leitão destaca que a repartição de competências pode ser considerada uma desvantagem dos sistemas descentralizados se não houver mecanismos de articulação entre os diferentes sujeitos públicos, pois pode gerar *“conflitos negativos e positivos de atribuições e competências, a uma maior morosidade na prossecução dos fins que estão cometidos a essas*

¹⁴³ SILVA, André Carlos da. Estado Federal e Poder Municipal. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 351-378, jul./dez. 2009, p. 371.

¹⁴⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 53-54.

entidades e até a acções contraditórias para alcançar o mesmo fim".¹⁴⁵ A autora aponta, ainda, que *"os mecanismos de colaboração e cooperação, contratuais ou não, são uma forma de conferir unidade à actuação da Administração Pública"*¹⁴⁶ e explica:

Por isso mesmo, não há oposição entre cooperação e autonomia, quer porque aquela apenas afecta o exercício e não a titularidade das competências, quer porque se trata de um modo de articulação de competências que actua por via de concertação, razão pela qual, aliás, as formas contratuais assumem particular relevância.¹⁴⁷

A questão é levantada por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy que descreve que a construção de um Estado Democrático de Direito *"também exige instituições sólidas e eficientes, prontas para solução de problemas que decorrem da pluralidade de atribuições do Estado contemporâneo e do consequente conflito de atribuições, competências e visões de atuação"*.¹⁴⁸

Nessa linha, considerando que o modelo federativo previsto na Constituição Federal de 1988 sinaliza pelo federalismo de equilíbrio entende-se que a definição dos limites das competências dos entes federados, bem como aprimoramentos na regulamentação em algumas matérias podem contribuir para evitar conflitos e custos desnecessários ao Poder Público e para o fortalecimento da autonomia dos entes federados.

A partir da análise da autonomia dos entes, da repartição de competências e do princípio da predominância de interesses na federação brasileira entende-se que uma das medidas que pode contribuir para a autonomia, a cooperação e a articulação entre os entes é o aprimoramento dos mecanismos referentes aos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil,

¹⁴⁵ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 78.

¹⁴⁶ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 76.

¹⁴⁷ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 75.

¹⁴⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 37.

pois a devida execução e a busca da consensualidade para prevenção e resolução dos conflitos decorrentes destes contratos está em consonância com o federalismo cooperativo, visto que diante da complexidade da repartição de competências dos entes na federação a colaboração entre eles é primordial para o funcionamento e aprimoramento do modelo federativo.

Diante das diferentes realidades dos entes federados no Brasil, a adoção de um modelo mais consensual e adequado a realidade de cada ente poderia nortear todas as atividades administrativas ali desenvolvidas e ser aplicada aos contratos firmados pelos entes do Poder Público.

1.3.3.3 Noção de contratos firmados entre o Poder Público no Brasil

Inicia-se a abordagem da noção de contratos firmados entre o Poder Público no Brasil com a ponderação de Carlos Alberto de Salles de que os contratos administrativos não possuem aqui uma disciplina legal única, mas sim regulamentações que tratam de modalidades contratuais específicas:

Cabe, aliás, destacar que os contratos administrativos, no Brasil, também não possuem uma disciplina legal única. Ao contrário, os contratos da Administração Pública são regulados por uma série de diplomas legais, contemplando, tanto modalidades contratuais específicas, quanto de setores determinados, como telecomunicações, energia, petróleo e gás, transportes, etc. Por outro lado, a disciplina da utilização da arbitragem e outros meios alternativos, extrajudiciais ou amigáveis de solução de controvérsias não é, igualmente, uniforme.¹⁴⁹

Ao tratar da legislação que disciplina os contratos administrativos no Brasil aponta-se a Lei nº 8666/1993 que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública, a Lei nº 8.987/1995 que trata das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, a Lei nº 11.079/2004 que regula a licitação e

¹⁴⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 242.

contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública e a Lei nº 11.107/2005 referente aos consórcios públicos.¹⁵⁰

O conceito de contrato administrativo da Lei nº 8666/1993 refere-se aos ajustes entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares nos seguintes termos “(...) *todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*”.¹⁵¹

Fernando Dias Menezes de Almeida expõe que, diferentemente do que ocorreu na França, a teoria do contrato administrativo no Brasil não decorreu de elaboração jurisprudencial, ressalvado que no caso brasileiro trata-se de jurisdição judiciária una e que “(...) *Já se notou que o misto de tratamento doutrinário e tardiamente legislativo, no Brasil, dado as noções desenvolvidas na França, conferiu-lhes caráter acentuadamente dogmático*”.¹⁵²

Entende-se que este também seja o caminho dos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil, visto que a despeito de ser uma realidade nas administrações a questão não possui o devido tratamento legislativo e, portanto, a acolhida e sedimentação no campo doutrinário pode contribuir para o aprimoramento das questões decorrentes de tais contratos na realidade brasileira.

¹⁵⁰ Romeu Felipe Barcelar Filho ao tratar do contrato administrativo no Brasil escreve que a Lei de Concessões, a Lei das Parcerias Público-Privadas e a Lei de Consórcios e Convênios administrativos têm propiciado excelentes parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada e entre entidades e órgãos públicos das entidades federativas (BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009).

¹⁵¹ Lei nº 8666/1993, Art. 2º: As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, *considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.* (destaca-se).

¹⁵² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010, p. 162.

Ao tratar da legislação portuguesa sobre os contratos interadministrativos Alexandra Leitão destaca que *“O facto de haver grande indefinição terminológica quanto a estes contratos, designadamente na lei, (...) referências aos conceitos de “acordo”, “pacto”, “convénio”, “protocolo”, “convenção”, entre outros, não afasta a natureza contratual dessas figuras.”*¹⁵³

Cristiane Schwanka descreve que no processo de alargamento das tarefas da Administração Pública no Estado pós-moderno verifica-se no âmbito da “administração pública consensual” a tendência de contratualização da Administração Pública que *“favorece a celebração de contratos com os particulares, como igualmente possibilita que as próprias autoridades administrativas contratem entre si, como no caso dos “contratos de gestão”, previstos na Constituição Federal”*.¹⁵⁴

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ao tratar da qualificação dos contratantes nos contratos administrativos define que de um lado estaria a Administração e de outro o particular e ressalva que *“Somente na hipótese dos contratos interadministrativos, devido à interveniência de órgãos públicos conforme a finalidade, o regime contratual agasalha entidades estatais, duas ou mais pessoas administrativas na competência, capazes de pactuar ou convencionar.”*¹⁵⁵ Na classificação do autor os contratos interorgânicos são os concluídos entre órgãos e outras pessoas e *“Aproximam áreas estatais e administrativas objetivando finalidades comuns ou necessidades onde se fazem indispensáveis à atuação de outros poderes”* e abrangem os contratos interadministrativos, os convênios e os tratados.¹⁵⁶

José Cretella Júnior define os contratos da administração como acordos celebrados pela administração com pessoa física ou com pessoa

¹⁵³ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011. p. 116.

¹⁵⁴ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. CURITIBA, 2009, p. 78.

¹⁵⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 40.

¹⁵⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 175.

jurídica de direito privado ou de direito público,¹⁵⁷ observa-se que nesta definição o autor inclui a possibilidade de contratos celebrados pela administração com pessoa jurídica de direito público. O mesmo ocorre no conceito do autor de contrato administrativo definido como convenção celebrada entre uma administração pública e um particular ou uma administração pública e outra administração pública, com um fim de serviço público, e criadora de obrigações sinalagmáticas de direito público.¹⁵⁸

Gustavo Justino de Oliveira aponta a possibilidade de entidades e órgãos públicos firmarem acordos para atingirem objetivos comuns *“há de ser exercida cotidianamente no âmbito organizatório da Administração Pública, com o fito de possibilitar um melhor exercício da função administrativa”* e destaca a tendência mundial no setor público de contratualização da ação administrativa das relações interorgânicas, intra-administrativas e interadministrativas. O autor trata do recurso a acordos organizativos ou convenções administrativas como o âmbito dos *“contratos interadministrativos e dos acordos interorgânicos, firmados entre entidades ou entre órgãos administrativos”*.¹⁵⁹

A despeito da heterogeneidade que marca os contratos firmados entre o Poder Público o que se pretende aqui é apontar que estes contratos são marcados por particularidades em relação aos contratos administrativos e, portanto, é relevante a abordagem do tema e a busca de adequações no seu tratamento jurídico.

Para fins deste trabalho, a noção de contratos firmados entre si pelo Poder Público refere-se aos acordos que o Poder Público celebra com outro ente ou órgão do Poder Público, abrangendo as administrações direta e indireta para criar obrigações entre as partes, as quais serão reguladas pelo direito público e pelo direito privado de acordo com o objeto pactuado e não

¹⁵⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III, Rio de Janeiro: Forense.

¹⁵⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III, Rio de Janeiro: Forense.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65-66.

somente pela análise dos sujeitos contratantes, visto que trata-se de contratos em que o Poder Público figura em ambos os pólos.

As decorrências e repercussões destes contratos atingem tanto o Poder Público como a sociedade de forma direta ou indireta e os conflitos destes decorrentes são um problema que merece uma análise vigilante do Poder Público. Dentre os conflitos contratuais apontam-se divergências de interpretação, inexecução, danos ao erário, débitos, inadimplência na prestação de serviços públicos essenciais prestados entre os entes ou por permissionárias ou concessionários de serviços públicos. Conforme será levantado nos capítulos seguintes, estes conflitos contratuais, além dos prejuízos imediatos decorrentes da inexecução contratual, agravam também a questão da litigância intragovernamental.

Considerando que um dos conflitos enunciados acima é inadimplência na prestação de serviços públicos essenciais prestados entre os entes ou por permissionárias ou concessionários de serviços públicos, a despeito de se tratar de relação contratual, considerando suas peculiaridades, neste ponto do trabalho será analisada especificamente algumas decorrências dessa prestação de serviços públicos, notadamente a possibilidade de suspensão do serviço em caso de inadimplência do Poder Público.

1.3.3.3.1 Serviços públicos prestados entre entes do Poder Público no Brasil

1.3.3.3.1.1 Formas de prestação dos serviços públicos no Brasil

O art. 175 da CF dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Nesses termos, apreende-se do texto constitucional que a prestação dos serviços públicos é papel do Estado, podendo o serviço ser prestado de forma direta ou a execução ser transferida

aos particulares mediante institutos como a concessão e a permissão de serviço público.¹⁶⁰

Primeiramente, delimita-se a abrangência do termo serviço público, pois no estudo jurídico, alguns termos, a despeito de sua importância,¹⁶¹ são empregados de forma imprecisa. A expressão serviço público¹⁶² é um exemplo desta colocação, pois, apesar de ser utilizada corriqueiramente, enfrenta-se dificuldade para defini-la juridicamente com exatidão, fato que perdura ao longo dos tempos. A despeito da noção de serviço público ser objeto de divergências que decorrem da adoção de uma concepção em sentido amplo ou em sentido estrito é possível a adoção de critérios que permitam a distinção entre o que "é" ou "não é" serviço público de forma técnica.

Pode-se apontar que a evolução do conceito de serviço público caminha juntamente com a posição do Estado diante das atividades que presta à coletividade. O cerne da questão consiste na adoção de um posicionamento no sentido de incluir todas as atividades estatais na esfera dos serviços públicos ou de restringir-se às administrativas.¹⁶³

¹⁶⁰ Toshio Mukai defende que: "(...) podemos apoiar a afirmação de que serviço público seja aquilo que o Estado rotular como tal legalmente, numa dada época, colocando-o sob a sua égide, porque, em última razão, observada a ocorrência das condições materiais já apontadas (a existência de um interesse público objetivo), é a titularidade da atividade pelo Estado que nos permite falar que um serviço é público.

Daí por diante, por isso mesmo é irrelevante saber se sua execução será tarefa do próprio Estado ou de interposta pessoa: o serviço continuará sendo público." (MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 74).

¹⁶¹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello: "O serviço público constitui-se uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem assento constitucional especificador de um vasto campo de deveres do Estado brasileiro em relação à Sociedade, sobre se constituir em fundamento da cobrança de uma relevante variedade de taxas." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 17 ed., 2004, p. 621).

¹⁶² Fábio Medina Osório pondera que: "A Comissão Europeia utiliza, em lugar da tradicional denominação 'serviço público', a terminologia 'serviço universal', que expressa a idéia de serviços essenciais à coletividade, cujos preços devem ser acessíveis e cuja prestação há de ser igualitária e abrangente" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46).

¹⁶³ Conforme Fábio Medina Osório "serviço público é aquele que exige a presença, direta ou indireta do Estado, em sua prestação, além do necessário interesse geral e do uso de poderes públicos, tudo compondo um quadro normativo caracterizador dessa categoria". O conceito de Fábio Medina Osório pondera o aspecto formal e o material para a composição do conceito, porquanto expõe que serviço público exige a presença do Estado e o necessário interesse geral. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44). Odete Medauar define que "o serviço público apresenta-se como uma

A compreensão da noção de serviço público que considera a vontade do legislador e o momento histórico, pode ser exemplificada com o conceito de Eros Grau de que serviço público “(...) é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da independência social (Duguit)- (...)”.¹⁶⁴

Hely Lopes Meireles pondera que não é a atividade em si que tipifica o serviço público, pois “algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independente de delegação estatal, a exemplo do ensino, que ao lado do oficial, existe o particular, sendo aquele um serviço público e este, não”.¹⁶⁵

Alguns serviços somente podem ser prestados de forma direta pelo Estado por meio dos órgãos da administração direta ou indireta, ou seja, são indelegáveis, tais como os serviços de fiscalização, defesa nacional, segurança interna. Os serviços primários ou essenciais referem-se diretamente as demandas da sociedade, em determinada época e lugar, devendo ser prestados na maior proporção possível privativamente pelo aparelho estatal.¹⁶⁶ Os serviços não-essenciais não são prestados diretamente pelo Estado, mas ficam sujeitos à avaliação estatal em decorrência de sua importância para a coletividade.

dentre as múltiplas atividades desempenhadas pela Administração, que deve utilizar seus poderes, bens e agentes, seus atos e contratos para realizá-lo de modo eficiente”. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3 ed., São Paulo: RT, 1999, p. 346). Toshio Mukai define que o serviço público “(...) decorre de uma necessidade pública, que é por sua natureza essencial, indispensável e, em decorrência, erigida pelo legislador como tal. O serviço público, no sentido jurídico da expressão, só aparece quando o legislador o eleva a tal condição; até então, o que há é tão-somente um serviço público potencial”. (MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 407).

¹⁶⁴ GRAUS, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org). *Direito Constitucional- estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 266.

¹⁶⁵ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 317.

¹⁶⁶ José dos Santos Carvalho Filho descreve que “A essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal característica não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, e nada impede que o sejam, desde que o Poder Público não se abstenha de controlá-los e fiscalizá-los”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 260).

Na execução direta o serviço será prestado pelo próprio Estado como ente federativo, abrangendo a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal através de seus órgãos. Nos casos de outorga do serviço, o Poder Público, através de lei, cria a pessoa jurídica a quem será atribuída a execução e a titularidade do serviço, sua intervenção estará, portanto, condicionada à lei. Esta previsão encontra-se disposta no art. 37, inc. XIX da CF, o qual dispõe que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, cabendo à lei complementar, nesse último caso, definir as áreas de sua atuação.

Existem certas categorias de serviços públicos que, por sua natureza ou em decorrência de disposição normativa, podem ser prestados pelo Estado ou serem delegados a particulares, por meio do regime de concessão ou de permissão de serviços públicos. A escolha entre um dos regimes é feita pela lei de acordo com as características de cada regime e do serviço.

Os serviços públicos podem ser objeto das concessões, conforme disposto no art. 1º da Lei nº 8.987/1995. Nos termos do art. 2º, inc. II, desta lei a concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Na concessão o Poder Público transfere apenas a prestação do serviço e a responsabilidade pelo funcionamento e a organização do serviço, por sua vez, permanecem sob a esfera de responsabilidade da Administração Pública. Conforme Benedicto Porto Neto *"O que se retira da sua órbita, na concessão, é tão-somente o exercício da atividade pública"*.¹⁶⁷

Fábio Giambiagi define poder concedente como *"o titular da obrigação da prestação do serviço e, conseqüentemente, o responsável por*

¹⁶⁷ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei 8.987/95. Conceitos e princípios*. Coleção Temas de Direito Administrativo 2. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 61.

dimensionar, planejar e decidir sobre política de oferta do serviço e a melhor forma de atendê-la".¹⁶⁸ Conforme o autor também é tarefa do poder concedente, geralmente exercido pelo governo, fazer cumprir as condições do contrato de concessão almejando o aumento da eficiência na prestação do serviço.

Outro regime de prestação do serviço público previsto no art. 175 da CF é a permissão que nos termos do art. 2º, inc. IV da Lei nº 8.987/1995 é *"a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco"*. A permissão de serviço público é formalizada por contrato de adesão, conforme dispõe o art. 40 da Lei nº 8.987/1995.

No Brasil, na década de 90, foi adotado um Programa Nacional de Desestatização.¹⁶⁹ A partir do processo de privatização, os serviços que antes eram objeto de delegação legal, passaram a fazer parte da delegação negocial, ou seja, passaram a ser objeto de concessão ou permissão a empresas de iniciativa privada.¹⁷⁰

Paralelamente ao processo de desestatização foram criadas no Brasil as agências reguladoras, instituídas com a finalidade de realizar a fiscalização das empresas da iniciativa privada para as quais foram transferidas atividades que antes faziam parte da esfera do Poder Público.¹⁷¹ Fábio Giambiagi define que o poder regulador, a despeito de ser também um poder

¹⁶⁸ GIAMBIAGI, Fábio; DURTE DE ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 400.

¹⁶⁹ A Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, conhecida como Lei das Privatizações, foi revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que alterou procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização implementado no Brasil.

¹⁷⁰ Para Carvalho Filho: "Esse é o sentido atual da desestatização: o Estado, depois de abraçar, por vários anos, a execução de muitas atividades empresariais e serviços públicos, com os quais sempre teve gastos infundáveis e pouca eficiência quanto aos resultados, resolveu imprimir nova estratégia governamental: seu afastamento e a transferência das atividades e serviços para sociedades e grupos empresariais" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 276).

¹⁷¹ Fábio Giambiagi afirma que: "A necessidade de um sistema regulador eficiente é fundamental à medida que o processo de privatização chega a prestação dos chamados serviços de utilidade pública." (GIAMBIAGI, Fábio; DURTE DE ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 400).

do Estado, não é responsável direto pela prestação do serviço *“mas tem a obrigação de zelar pelas regras estabelecidas, setorialmente, para a prestação dos serviços de utilidade pública por parte de terceiros, garantindo a qualidade do serviço, a ser prestado a um justo preço”*.¹⁷²

As formas de prestação dos serviços públicos trazem em seu bojo reflexos do momento histórico-político de dada sociedade e as variações permitem a adequação com os anseios políticos e sociais. Dentre as formas adotadas para a prestação dos serviços públicos no Brasil destaca-se a gestão associada, os regimes de parceria, o regime de convênios administrativos, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Outras situações possíveis é o Poder Público diretamente prestar serviço a outro ente do Poder Público ou o serviço ser prestado por concessionárias e permissionárias a entes do Poder Público. Dessas situações, a despeito das questões políticas que não são objeto do presente trabalho, algumas questões jurídicas podem surgir conforme será a seguir apresentado.

1.3.3.3.1.2 Possibilidade de suspensão do serviço público prestado ao Poder Público em caso de inadimplência do Poder Público como usuário

O questionamento aqui lançado é se em caso de inadimplência do Poder Público usuário de serviço prestado por outro ente do Poder Público ou por concessionário ou permissionário do serviço as medidas devem ser diferenciadas em relação aos demais usuários e quais medidas podem ser apontadas para resolução desses casos. A análise pondera as implicações da suspensão de um serviço prestado ao Poder Público, considerando que isto pode comprometer a prestação de outros serviços essenciais por ele prestados e quais medidas consensuais podem ser apontadas para resolução desses casos no âmbito administrativo e em casos de litígios judiciais.

¹⁷² GIAMBIAGI, Fábio; DURTE DE ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 401.

O serviço público, enquanto atividade administrativa, deve ser analisado sob o enfoque das premissas do direito público e nos termos da Lei Federal nº 8.987/1995 serviço adequado é aquele que atende as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade nas tarifas.

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a obrigatoriedade dos órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento fornecerem serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. A Lei nº 11.445/2007 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico no art. 43 também prevê que a prestação dos serviços atenderá a requisitos mínimos de continuidade.

O princípio da continuidade do serviço público refere-se à necessidade de uma prestação contínua do serviço, sem interrupções em sua prestação, em decorrência da essencialidade do serviço. Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar desse princípio expõe que significa “a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido”.¹⁷³

A possibilidade de suspensão do serviço público é matéria que já foi e ainda é objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Algumas decisões judiciais consideram que o chamado "corte" no fornecimento do serviço público extrapola os limites da legalidade e fere a dignidade da pessoa humana, sendo a suspensão no fornecimento um meio incabível para compelir o usuário a pagar por serviços essenciais, uma vez que existem os meios próprios para a cobrança.¹⁷⁴ A dignidade da pessoa humana, fundamento da

¹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 17 ed., 2004, p. 629.

¹⁷⁴ Processual Civil. Administrativo. Corte do Fornecimento de Energia Elétrica. Inadimplência do Consumidor. Legalidade.

1. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).

2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG conclui que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95.

República Federativa do Brasil previstos no art. 1º, inc. III da CF,¹⁷⁵ é utilizada como “*parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional*”.¹⁷⁶

3. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção.

4. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.

5. In casu, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso, distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.

6. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.

7. Outrossim, é voz corrente que o 'interesse da coletividade' refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos.

8. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (*notoria nom eget probationem*), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos.

9. Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contra-partida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis.

10. Recurso especial provido, ante a função uniformizadora desta Corte.

(STJ, RESP- Recurso Especial – 647853, 1ª Turma, Relator (a) José Delgado, Processo: 200400424908, UF: RS, data da decisão: 28/09/2004, documento: STJ000615785, DJ:06/06/2005, p. 194, Data Publicação 06/06/2005). (destaca-se)

¹⁷⁵ A Constituição Federal de 1988 marca o processo de redemocratização do Brasil após um regime militar ditatorial que vigorou de 1964 a 1985 no Brasil. Para Flávia Piovesan o texto de 1988: “*Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos humanos jamais adotado no Brasil*”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24).

¹⁷⁶ Flávia Piovesan destaca que “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27).

Dentre os princípios que norteiam a interpretação constitucional encontra-se o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais devem ser consideradas não de forma isolada e dispersa, mas sim integradas num sistema interno unitário de princípios e regras. Neste sentido, a interpretação dos artigos constitucionais e da legislação que disciplina os serviços públicos deve ser sistemática e em consonância com os preceitos do texto constitucional, dentre eles a dignidade da pessoa humana.¹⁷⁷

Por outro lado, há o entendimento sobre a impossibilidade de interrupção do serviço público nos casos de inadimplência conduz a inviabilidade em seu fornecimento, prejudica os usuários que quitam pontualmente seus débitos e favorece os inadimplentes que continuariam a receber pelo serviço sem arcar com a contraprestação. Nos casos em que a interrupção relaciona-se com a inadimplência dos usuários, em virtude de sua estreita relação com as variações do poder aquisitivo da população, muitas vezes, é analisada de forma ponderada pelos tribunais, o que provoca divergências no trato da matéria.

O art. 6º, § 3º, inc. I e II da Lei nº 8.987/1995 prevê a possibilidade de interrupção do serviço no caso de inadimplemento do usuário, considerado o “interesse da coletividade” e a Lei nº 11.445/2007 também prevê em seu art. 40, inc. V que os serviços poderão ser interrompidos em caso de inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado. Portanto, o princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser apreciado em consonância com o art. 6º, § 3º, inc. II, da Lei n.º 8.987/1995, que prevê hipóteses de possibilidade de interrupção do serviço.

¹⁷⁷ Peter Häberle pondera que na atual etapa de evolução do Estado constitucional há um “*inventario básico de principios constitucionales (...) el cual comienza con la dignidad humana como premisa antropológico-cultural que conduce a la democracia como “consecuencia organizativa”*”. (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 47, México. 2003, p. 298. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14> - acessado em 15/03/2011).

A despeito da indispensabilidade da atividade há hipóteses legais nas quais a suspensão não será considerada descontinuidade, porém, na prática a questão é objeto de divergências e em diversas situações são suscitadas dúvidas sobre o alcance da aplicação do princípio da continuidade para defesa da impossibilidade de suspensão.¹⁷⁸

A análise de algumas decisões judiciais demonstra divergências no tocante à possibilidade de suspensão do serviço em caso de inadimplência do usuário, porém pode-se apontar que a partir de 2003 a posição majoritária no Superior Tribunal de Justiça- STJ é no sentido da possibilidade de suspensão em decorrência de inadimplência do usuário.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Frederico Araujo Turolla ao tratar dos serviços de saneamento argumenta que a impossibilidade de suspensão do serviço prejudica o próprio usuário “Uma grande dificuldade na área de financiamento diz respeito ao corte dos serviços em caso de inadimplência. A proibição do corte de fornecimento por inadimplência pode atuar de duas formas. A principal motivação para a proibição de corte é proteger os mais pobres, mas essa proibição pode atuar contra eles. Isso se explica, porque as populações mais pobres dispõem de menos infraestrutura instalada e uma impossibilidade de corte de fornecimento pode criar maiores incentivos para o não pagamento dos serviços, gerando desincentivo ex ante ao investimento.

Cabe notar que, neste caso, o sistema de incentivos que rege o contrato se altera após sua celebração, ou seja, após disponibilizar a infraestrutura, o prestador de serviços estará preso ao seu investimento e o usuário terá incentivos para deixar de pagar. Nesse sentido, uma medida voltada para a inclusão social da parcela da população com menor renda pode, também, deixá-la desamparada, visto que há motivos consideráveis para que não ocorra a provisão de infraestrutura àquele segmento da população. Portanto, em abstrato, seria desejável que a questão fosse definida nas bases em que, quando houver a intenção por parte do poder concedente de não permitir a interrupção do fornecimento, ele deverá prover os recursos necessários para que não haja desestabilização do equilíbrio econômico financeiro do prestador.

Há quem argumente que a provisão pública teria o condão de resolver este problema, levando a maior provisão aos mais pobres, com baixa capacidade de pagamento, já que o prestador público, em tese, não visaria lucros. No entanto, rápida verificação indica que a responsabilidade do Estado não tem sido suficiente para prover os serviços aos necessitados. A situação fática mostra justamente o contrário: mesmo em serviços operados pelo setor público, as áreas com menor capacidade de pagamento são claramente preteridas. (TUROLLA, Frederico Araujo. Financiamento dos Serviços de Saneamento Básico. In MOTA, Carolina (coord.). *Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 120).

Há entendimentos no sentido da impossibilidade da suspensão, conforme defende Dinorá Adelaide Mussetti Grotti “*A despeito das divergências existentes, entendemos que não pode haver suspensão dos serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial à dignidade da pessoa humana (...)*.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53).

¹⁷⁹ A interrupção do serviço de energia elétrica em caso de inadimplência já foi apontada pelo STJ como inadmissível por se tratar de bem essencial e indispensável à população (RESP 209.652-ES, Rel. Min. José Delgado, 19/10/1999. Já no RESP 510.478-PB foi admitida a suspensão (RESP 510.478-PB, Rel. Min. Franciulli Netto, 10/06/2003).

No caso de inadimplência do Poder Público como usuário do serviço esta questão comporta inúmeros desdobramentos considerando que a suspensão de um serviço prestado ao Poder Público pode comprometer a prestação de outros serviços essenciais por ele prestados. A matéria já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça- STJ e também foi objeto de divergências.¹⁸⁰

No caso do serviço de fornecimento de água podemos citar o precedente que trata inadmissibilidade do corte por envolver uma ameaça à saúde pública, risco de epidemias e por expor o consumidor ao ridículo e constrangimento (RESP 201.112-SC, Rel. Min. Garcia Vieira, 20/04/1999 e em sentido contrário a decisão que admite o corte no RESP 363.943- MG (RESP 363.943- MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 12/11/2003).

¹⁸⁰ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS, COMO SOEM SER HOSPITAIS; PRONTO-SOCORROS; ESCOLAS; CRECHES; FONTES DE ABASTECIMENTO D'ÁGUA E ILUMINAÇÃO PÚBLICA; E SERVIÇOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. INADIMPLÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. (...)

Nas hipóteses em que o consumidor seja pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Turma a tese de que o corte de energia é possível, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais (...) *Ressalto que a interrupção de fornecimento de energia elétrica de ente público somente é considerada ilegítima quando atinge necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas - por analogia à Lei de Greve - como "aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (art. 11, parágrafo único, da Lei n.º 7.783/89), aí incluídos, hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches (...)*. O acórdão paradigma (RESP 619.610/RS), de relatoria do Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, examinando hipótese análoga, decidiu pela possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica, em razão de inadimplência, em se tratando de Estado-consumidor, mesmo no caso de prestação de serviços públicos essenciais, como a educação (...). 5. Embargos de Divergência rejeitados. (EResp 845982 / RJ EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL 2006/0269086-7 Relator(a) Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador 1ª SEÇÃO, Data do Julgamento 24/06/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 03/08/2009) (destaca-se).

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA. ENTE PÚBLICO. PREVISÃO LEGAL. CONTRATO SINALAGMÁTICO. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA COLETIVIDADE. FUNDAMENTOS ESSENCIALMENTE INFRACONSTITUCIONAIS.

I - O contrato estabelecido entre o fornecedor de energia elétrica e o usuário é sinalagmático, concluindo-se que o contratante só pode exigir a continuidade da prestação a cargo do contratado quando estiver cumprindo regularmente a sua obrigação.

(...) III - *Ainda que se trate o consumidor de ente público, é cabível realizar-se o corte no fornecimento de energia elétrica, mesmo no caso de prestação de serviços públicos essenciais, como a educação, desde que antecedido de comunicação prévia por parte da empresa concessionária, a teor do art. 17 da Lei nº 9.427/96.*

IV - *Tal entendimento se justifica em atendimento aos interesses da coletividade, na medida em que outros usuários sofrerão os efeitos da inadimplência do Poder Público, podendo gerar uma mora continuada, assim como um mau funcionamento do sistema de fornecimento de energia.*

(...)

(AgRg no REsp 619610 / RS, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0002484-9, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª TURMA, Data do Julgamento 17/11/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 20/02/2006 p. 207) (destaca-se).

Quando a lei prevê expressamente hipóteses em que a interrupção não será considerada descontinuidade estabelece-se que a regra é a continuidade do serviço, de modo que diante de um caso concreto não amparado em uma dessas hipóteses *a priori* estaria sendo violado o princípio em análise. A lei ao prever a possibilidade de interrupção por inadimplência do usuário dispõe que deve ser considerado o “interesse da coletividade”. O intérprete deve buscar os parâmetros para se estabelecer o que seja “interesse da coletividade” de modo a justificar ou não a interrupção do serviço nos casos de inadimplência do Poder Público.

A hipótese é que a adequada interpretação a ser dada ao princípio e aos dispositivos legais¹⁸¹ requer a adoção de critérios para que seja apreciado o interesse coletivo, a sustentabilidade econômica do serviço prestado, a devida contraprestação e a garantia de igualdade entre os usuários de modo a decidir os casos concretos.

A Lei Federal nº 8.987/1995 ao definir serviço público adequado o faz em consonância com o direcionamento adotado pelo ordenamento jurídico de vincular-se a uma concepção que prime pela eficiência da Administração Pública. Os preceitos legais e os princípios expressos e implícitos que disciplinam a prestação de serviços públicos devem ser analisados de forma a estabelecer um paralelo entre os mandamentos teóricos e sua aplicação na

¹⁸¹ A adequada interpretação a ser dada ao princípio da continuidade do serviço público e aos dispositivos legais referentes a inadimplência dependerá do critério adotado na definição de *regras e princípios* e neste ponto destaca-se a importância dos conceitos de Ronald Dworkin e Robert Alexy no trato dessa matéria. Dworkin define que: “A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39).

Robert Alexy define que “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos*”. (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007, p. 67).

atual conjuntura do país,¹⁸² pautando-se, também, na consideração dos aspectos históricos que proporcionam sua transformação.

Pela sua essencialidade, analisa-se aqui, os serviços públicos de fornecimento de energia elétrica e de água.¹⁸³ No tocante ao serviço público de fornecimento de energia elétrica a lei prevê que a suspensão por falta de pagamento a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual e a este caberá a adoção de providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida.¹⁸⁴

O serviço essencial previsto no art. 10, inc. I da Lei nº 7.783/1989 é o tratamento e abastecimento de água.¹⁸⁵ No tocante ao fornecimento de água

¹⁸² Safira Orçatto Merelles do Prado aponta a relevância do papel Poder Judiciário em matéria de serviços públicos diante da realidade brasileira: “Verifica-se a necessidade de um modelo próprio de serviços públicos, condizentes com a realidade brasileira. Este é, portanto, o maior desafio da atual configuração do Estado Brasileiro, que um dia tentou ser Estado de Bem Estar e que no momento busca ser regulador e gerencial: conciliar o lucro almejado pela iniciativa privada com a concretização dos direitos fundamentais consagrados pelo texto constitucional de 1988. Como não vem conseguindo, assume relevância o papel do Poder Judiciário, no sentido de impor aos Poderes elaboradores das políticas públicas a realização dos ditames constitucionais.” (PRADO, Safira Orçatto Merelles do. *O Controle Judicial dos Serviços Públicos sob a perspectiva de concretização de Direitos Fundamentais*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 50-51).

¹⁸³ Lei nº 7.783/ 1989, Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:
I - *Tratamento e abastecimento de água; Produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis.*

(...)

VI - *Captação e tratamento de esgoto e lixo;* (destaca-se).

¹⁸⁴ Art. 17 da Lei nº 9.427/1996: A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

§ 1º O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida. (destaca-se).

¹⁸⁵ Ao tratar do setor de saneamento Frederico Araujo Turolla escreve que este “se caracteriza pela presença de custos fixos elevados, associados aos investimentos em capital de utilização altamente específica à própria atividade. Essa configuração é conhecida como monopólio natural e é típica de indústrias de rede. Porém, é mais acentuada no saneamento básico que nas demais indústrias de rede”. O autor prossegue e descreve que pela estrutura de monopólio natural, a maior eficiência produtiva pode ser conseguida por meio de um produtor único.

o art. 40, § 3º da Lei nº 11.445/2007 prevê expressamente os clientes que exigem um procedimento diferenciado para as medidas de suspensão do fornecimento.¹⁸⁶

A interpretação deste dispositivo requer a diferenciação de duas situações, a primeira refere-se aos “*estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas (...)*” e nesse caso a suspensão deverá obedecer a prazos¹⁸⁷ e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas. Essa situação exige que sejam estabelecidos critérios especiais, pois a suspensão poderá comprometer a vida e a saúde de pessoas. Por exemplo, poderiam ser previstas medidas para a comunicação da suspensão ao Poder Público, os prazos devem ser razoáveis e proporcionais ao tipo de estabelecimento e devem ser adotadas as medidas para cobrança dos valores em juízo.

No tocante a este prazo diferenciado para preservação das condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas Luiz Henrique Antunes Alcochio descreve que a lei não estabelece que prazo é este e tece as seguintes considerações: “*(...) se é um prazo preferencial, deverá ser sensivelmente superior a 30 dias (prazo normal mínimo de aviso prévio). Se não fosse necessário um prazo sensivelmente superior a 30 dias – regra geral*

(TUROLLA, Frederico Araujo. Financiamento dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina (coord.). *Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 113-114).

¹⁸⁶ Lei nº 11.445/2007, Art. 40: Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

(...)

§ 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a *estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas (...)* deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas. (destaca-se).

¹⁸⁷ Luiz Henrique Antunes Alcochio “O art. 29 da LDNSB prevê que os serviços de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços. Notemos desde já a expressão mágica e indeterminada: “sempre que possível”. Nela está o enigma: e quando não será possível? Algumas respostas podem surgir: não será possível a cobrança de tarifas quando aquele serviço for *uti universi* e deva ser remunerado pela arrecadação geral dos impostos. Por outro lado, não será possível, parcialmente, a cobrança nas populações de menor poder aquisitivo, onde se deva implantar tarifas ou taxas sociais. Essas tarifas, ainda que sejam cobranças, não serão suficientes para dar a sustentabilidade financeira exigida pela Lei”. (ALCOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico* (Lei 11.445/07), 2 ed. Campinas, SP: Millenium Editora, 2010, p.103).

–, *não haveria sequer razão para uma norma específica para tais casos*”.¹⁸⁸ O autor sugere o prazo de 180 (cento e oitenta) dias no caso de estabelecimentos de ensino, pois este é o período necessário, em média, para a conclusão de um semestre letivo.

A segunda hipótese refere-se aos demais usuários, quais sejam, os que não estejam especificados no art. 40, § 3º da Lei nº 11.445/2007, os quais, mesmo em se tratando de órgão e entes do Poder Público, atendidos os requisitos gerais para a suspensão do fornecimento, a mesma poderá ser executada, bem como devem ser adotados os procedimentos para cobrança judicial.

Entende-se que a sedimentação da fase principiológica pode contribuir para o aprimoramento da prestação dos serviços públicos o que, no caso em análise, demanda a devida ponderação do princípio da continuidade e a possibilidade de suspensão do fornecimento em caso de inadimplência do Poder Público para se promover uma interpretação adequada dos ditames constitucionais e legais.

Em casos de serviços prestados mediante contraprestação do usuário sendo o contrato sinalagmático, *a priori* o contratante não pode exigir a continuidade da prestação a cargo do contratado quando não cumpre suas obrigações no contrato, porém nos casos em que o Poder Público figura como usuário do serviço podem ser estabelecidos critérios diferenciados em relação aos demais usuários, mas respeitados tais critérios é devida a suspensão do fornecimento e demais medidas administrativas e judiciais para se buscar o devido cumprimento do contrato.

¹⁸⁸ ALCOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei 11.445/07)*. 2. ed. Campinas, SP: Millenium Editora, 2010, p. 93.

2 A BUSCA DA CONSENSUALIDADE PARA A DEVIDA EXECUÇÃO, PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, NA PERSPECTIVA DO PODER PÚBLICO

2.1 Dever estatal de primar pela devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos

A abordagem da repartição de competências na federação brasileira no item 1.3.3.2 levanta a questão sobre a complexidade da repartição de competências entre os entes federados, ademais também surgem inúmeros impasses e desdobramentos em decorrência da complexidade da desconcentração e descentralização administrativas. Neste contexto, o Poder Público firma contratos com os particulares e também entre si para atingir suas finalidades.

Nos contratos firmados pelo Poder Público definem-se as obrigações assumidas pelas partes e como tal elas devem ser devidamente cumpridas, porém algumas vezes o caminho não é tão reto como inicialmente traçado e no curso do contrato surgem impasses e também pode ocorrer a inexecução parcial ou total. Nesses casos pretende-se ponderar qual o papel do Poder Público para enfrentar a questão e na busca de alternativas para a devida execução de seus contratos, bem como para prevenção e resolução de conflitos contratuais.

Alexandra Leitão escreve que as *formas* de concertação (cooperação e colaboração) devem possuir duas vertentes, quais sejam, *“por um lado, garantir o respeito pelos interesses públicos prosseguidos pelas diferentes entidades administrativas, e, por outro lado, alcançar objectivos de eficiência na actuação administrativa”*.¹⁸⁹

¹⁸⁹ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 49-50.

O princípio da eficiência¹⁹⁰ figura expressamente ao lado dos tradicionais princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade compondo o rol dos princípios que devem ser obedecidos pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Este princípio se relaciona com a busca de resultados satisfatórios através da otimização e racionalidade dos meios, ou seja, analisa-se o custo-benefício. A aplicação deste princípio tem como parâmetro os fins do Estado e desta maneira visa evitar desperdícios, incompetências e condutas incompatíveis com uma administração que espelhe o próprio Estado e seu anseio de satisfazer o bem comum.

O princípio da eficiência possui estreita relação com outros princípios do ordenamento jurídico, tais como os princípios da celeridade e razoabilidade de modo que condutas omissivas da Administração Pública ou mesmo a mora injustificada são hipóteses que ferem os padrões de eficiência almejados para a atuação da Administração.

Um aspecto relevante é a necessidade de efetiva implementação de mecanismos com o escopo de garantir sua aplicabilidade. O cerne da questão consiste em definir pressupostos que devem ser efetivamente seguidos na atuação administrativa, de modo que esse importante mandamento principiológico não seja reduzido a mero princípio formal.

Aponta-se, também, que um dos aspectos que deve orientar a execução dos contratos é a necessidade de cooperação entre as partes para

¹⁹⁰ Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir maior rentabilidade social. (MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do direito administrativo e princípio da eficiência. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos (Org.). *Administração Pública, financeira e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 37).

sua fiel execução.¹⁹¹ Pablo Malheiros da Frota Cunha destaca a preponderância da cooperação:

(...) nas relações entre particulares, entre Estado e particulares e entre Estado Estado, a teor do pensamento de Rafael Peteffi da Silva: “Mesmo as ações do direito positivo estatal já estão sendo caracterizadas menos pelo seu caráter soberano e mais pela cooperação entre as partes atingidas (...).¹⁹²

Ademais, a necessidade de cumprimento dos acordos firmados pelo Poder Público decorre da aplicação do princípio da boa fé objetiva nos contratos administrativos que se aplica a responsabilidade contratual e pré-contratual da Administração Pública e também do princípio da confiança legítima.¹⁹³

Cristiane Schwanka sintetiza que em um Estado Democrático de Direito constitucionalizado o relacionamento entre Administração Pública e os particulares contratados deve ser “*marcado pela coerência, lealdade, boa-fé e transparência nas atitudes, anteriormente e ao longo da execução do contrato, objetivando preponderantemente a realização do interesse público, que como*

¹⁹¹ Pablo Malheiros da Frota Cunha destaca que “(...) o contrato é um instrumento para a realização de um programa econômico, com o qual umas das partes concorda ou a ele adere, submetendo-se tanto às condições gerais do negócio, como aos seus riscos, vantagens, custos e benefícios atinentes à relação obrigacional pactuada, sempre observado e conformado aos princípios sociais do contrato. Ambas as partes cooperam para o adimplemento do pacto obrigacional. Avaliam-se, assim, os interesses de um negociante de acordo com a intenção/conduta do outro”. (CUNHA, Pablo Malheiros da Frota. A derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade a partir do diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. In: SERBENA, Cesar Antonio (Org). *Teoria do Direito, princípios e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 292).

¹⁹² CUNHA, Pablo Malheiros da Frota. A derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade a partir do diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. In: SERBENA, Cesar Antonio (Org). *Teoria do Direito, princípios e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 289.

¹⁹³ Cristiane Schwanka trata da necessidade de controle dos contratos e do princípio da confiança legítima: “Seguindo a tendência de aumento de mecanismos de estabilização das relações é que ganha impulso a idéia de confiança legítima, que pretende a estabilização das relações jurídicas envolvendo a administração pública e os administrados. Embora, no Brasil, o princípio da confiança legítima não se encontre expressamente positivado a difusão do conceito já integra o conteúdo de legislação esparsa, como por exemplo, na previsão de decadência contra a Fazenda Pública na Lei de Processo Administrativo Federal, a qual tem sido utilizada por doutrinadores pátrios para a fundamentação baseada na confiança. (SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. CURITIBA, 2009, p. 92).

já debatido neste trabalho, não pertence ao Estado, mas a toda a sociedade".¹⁹⁴ Conforme destaca a autora:

(...) necessidade do permanente controle e acompanhamento da execução do contrato administrativo, pela Administração, não como o puro exercício de uma prerrogativa, mas utilizando-se desse seu poder-dever de instrumento de parceria, cujo verdadeiro fim deve ser o de instruir, orientar, recomendar, enfim, municiar o contratado, para que possam obter os melhores resultados da contratação por meio de uma relação contratual estabilizada.¹⁹⁵

Essa preocupação não parece ser exclusiva da realidade brasileira como se observa na ponderação de Alexandra Leitão *de que no tocante a formação dos contratos a questão está muito desenvolvida no Direito da União Européia, porém "(...) o mesmo não acontece no que respeita ao acompanhamento da execução dos contratos e à fiscalização do grau de eficiência na prossecução dos respectivos fins.*"¹⁹⁶

Entende-se que estes argumentos demonstram que tanto nos contratos administrativos, como nos contratos firmados entre o Poder Público o devido cumprimento das obrigações assumidas pelas partes é consectário do interesse público e está em consonância com os princípios da eficiência, da confiança e da boa fé objetiva nos contratos e pode contribuir para um nível maior de cooperação entre os entes do Poder Público na federação brasileira.

Pelos mesmos fundamentos acima expostos, no tocante ao dever de se primar pela devida execução dos contratos administrativos, entende-se que é dever do Poder Público buscar, quando possível, a prevenção e a resolução administrativa dos conflitos nos contratos firmados pelo Poder Público, para, dentre outros objetivos, prevenir litígios judiciais e para evitar a intensificação da litigância do Poder Público entre si.

¹⁹⁴ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p. 87.

¹⁹⁵ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. CURITIBA, 2009, p. 92.

¹⁹⁶ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 112.

Cristiane Schwanka pondera que a eleição de “*formas mais dinâmicas e justas de solução de controvérsias*” está em consonância com o princípio da eficiência e com outros princípios que devem nortear a atividade administrativa, tais como, “*princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, da eficiência, da economicidade, entre outros*”.¹⁹⁷

Observa-se que o controle e a fiscalização dos contratos administrativos é medida que se impõe e que o Poder Público deve buscar alternativas com vistas a buscar uma atuação mais célere, sistemática e adequada para a devida execução e para a prevenção e resolução de conflitos decorrentes dos contratos administrativos em geral e especificamente no tocante aos contratos firmados entre entes do Poder Público.

2.2 Medidas para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos

A conduta dos contratantes públicos tem como norte os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo-se ser negada a validade de qualquer ato que venha a ferir tais princípios e que impeça a regular execução do contrato ou a resolução dos conflitos daí decorrentes. É dever recíproco das partes contratantes zelar para que sejam garantidas as condições para o regular exercício de seus direitos e deveres contratuais.

¹⁹⁷ Cristiane Schwanka pondera que “Contudo, é inarredável registrar que o resultado baseado na eficiência administrativa não pode ser adotado como fator exclusivo de legitimidade da atuação administrativa. Muito mais do que isso, devem ser considerados todos os meios adequados para que a Administração possa atingir o seu fim. Assim que, à luz dos novos paradigmas do Direito Administrativo, alicerçados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, da eficiência, da economicidade, entre outros, a Administração é conduzida a eleger formas mais dinâmicas e justas de solução de controvérsias.” (SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. CURITIBA, 2009, p. 3).

Com vistas a trazer um contributo à matéria, neste ponto são apresentadas algumas medidas que estão em consonância com as premissas aqui lançadas para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos em geral e nos firmados entre entes do Poder Público:

- a) Busca de um tratamento adequado e mais homogêneo de questões jurídicas;
- b) Adequação e aprimoramento dos mecanismos de fiscalização e controle da execução dos contratos administrativos;
- c) Busca de aprimoramento, desburocratização e de uma interlocução mais célere entre os sistemas de controles interno e externos;
- d) Medidas para responsabilização dos agentes políticos, servidores públicos e particulares envolvidos em casos de danos ao erário;
- e) Instrumentos consensuais para prevenção e resolução de conflitos contratuais;
- f) Acordos para compensação e quitação dos débitos decorrentes de contratos e de medidas para recuperação de créditos;
- g) Consensualidade para prevenção e resolução de conflitos como alternativa para o controle da litigância entre entes do Poder Público.

A seguir trata-se especificamente de alguns pontos considerados relevantes no tocante a cada uma das medidas acima elencadas:

a) Busca de um tratamento adequado e mais homogêneo de questões jurídicas referentes a tais contratos administrativos, especialmente em relação à aplicação da consensualidade.

A devida orientação técnica e jurídica a ser prestada aos gestores dos contratos administrativos é de grande relevância para que os objetivos do contrato sejam atingidos. Neste ponto destaca-se a necessidade de busca de um tratamento adequado e mais homogêneo de questões jurídicas,

especialmente em relação à aplicação da consensualidade.¹⁹⁸ Entende-se que essa medida demanda, dentre outros aspectos, a constituição de procuradorias e assessorias jurídicas com efetiva independência funcional, estrutura e recursos adequados para o devido exercício de atividades consultivas e judiciais.

A devida orientação jurídica parte da necessidade de garantia de uma atuação sem ingerências políticas, fixação e sedimentação das atribuições do advogado público,¹⁹⁹ respeito às prerrogativas dos advogados, qualificação e especialização dos profissionais que atuem nas áreas de licitações e

¹⁹⁸ Jefferson Carús Guedes destaca que: “As carreiras jurídicas de Estado têm, ao lado da Advocacia, que atua na representação dos litigantes privados têm, cada uma de sua parte ou em conjunto, o dever de protagonizar iniciativas que privilegiem formas consensuais de prevenção e solução de conflitos, seja entre particulares ou naqueles que tenham o envolvimento direto da Administração e seus entes.” O autor elenca que Advocacia Pública vem admitindo ou realizando formas diversificadas de transação ou de conciliação; a Defensoria Pública que ao representar extrajudicialmente e judicialmente interesses disponíveis ou indisponíveis, admite-se, como regra geral a transação e a conciliação e também possui legitimidade para estabelecer o termo de ajustamento de conduta; o Ministério Público que é legitimado para o ajustamento de conduta e nesse campo “tem dado exemplos importantíssimos de contribuição à pacificação, com transação e atendimento de interesses públicos e sociais” e a Magistratura que tem papel primordial nas formas de conciliação processual. (Trabalho apresentado pelo autor Jefferson Carús Guedes para debate na Oficina nº 7 do Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado, organizado pela Escola da Advocacia-Geral da União, em Brasília, no ano de 2008. GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*, p. 21-22. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/view/14539609/transigibilidade-de-interesses-publicos-prevencao-e-abreviacao-de->).

¹⁹⁹ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy levanta importantes aspectos sobre a questão da advocacia pública no contexto da litigância intragovernamental: “A própria advocacia pública se vê em face de dúvida aparentemente insuperável, relativa à sua identidade, nesse contexto pluralista de atribuições. A litigância *intragovernamental* também provoca desperdício de potência institucional, na medida em advogados públicos litigam entre si”.

(...)

A imagem que o advogado público faz de si mesmo é marcada por intensa percepção de que atua como *função essencial à justiça* (seguindo a dicção constitucional), num contexto institucional de monitoramento e controle de políticas públicas.”

(...)

“Numa sociedade democrática o Estado se realiza concretamente no Governo que o representa. O advogado público não pode simplesmente virar as costas para o Governo desculpando-se que presta serviços para o Estado. É aquele primeiro- o Governo- que o remunera. As funções na burocracia devem ser muito nítidas. Não é por acaso que há inúmeras ações opondo Ministério Público e Advogado Público, embora a convergência de entendimento circunstancialmente também ocorra. Esta última trata-se, no entanto, de exceção, e não de regra. (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 44-45, 48).

contratos.²⁰⁰ Entende-se que tais medidas, para além dos interesses institucionais, estão diretamente relacionadas ao atendimento do interesse público visto que o exercício da atividade administrativa pressupõe também o desenvolvimento de várias atividades privativas de advogado no exercício de atividades consultivas e no contencioso.²⁰¹

b) Adequação e aprimoramento dos mecanismos de fiscalização e controle interno de acompanhamento da execução dos contratos administrativos.

No tocante a adequação e aprimoramento dos mecanismos de fiscalização e controle interno de acompanhamento da execução do contrato administrativo podem ser adotadas medidas como protocolos de orientação e qualificação continuada dos gestores, padronização de procedimentos para controle de prazos, pagamentos e prestação de contas.

c) Busca de aprimoramento, desburocratização e de uma interlocução mais célere entre os sistemas de controles internos e externos com vistas a prestar uma orientação preventiva a tempo e modo adequados para atender a demanda do Poder Público.

²⁰⁰ A capacitação dos servidores e empregados públicos que atuem dentre outras atividades com convênios e contratos de repasse é objeto de previsão do Decreto nº 35.109/2014 estabelece regras a serem observadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Distrito Federal para a manutenção da regularidade jurídica, fiscal, econômico-financeira e administrativa, e dá outras providências.

(...)

CAPÍTULO IV

DA CAPACITAÇÃO DOS SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS

Art. 11. *Fica instituída a obrigatoriedade de os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Distrito Federal capacitar permanentemente os servidores e empregados públicos que tenham exercício em unidades que executam atividades relacionadas à folha de pagamento de pessoal, compensação de receitas, convênios e contratos de repasse.*

Art. 12. A capacitação prevista no artigo anterior deverá propiciar aos servidores conhecimento prático e objetivo sobre regras e legislações, *com vistas a incentivar a atuação preventiva para manter a regularidade fiscal, econômico-financeira, administrativa e jurídica dos órgãos e entidades da Administração Pública do Distrito Federal*, bem como a atuação corretiva quando da iminência de inclusão de registro negativo na inscrição do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, evitando o registro da inadimplência no CAUC. (destaca-se).

²⁰¹ Nos termos da Lei nº 8.906/1994 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) são atividades privativas de advocacia: Art. 1º, inc. I - *a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais e conforme o inc. II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.* (destaca-se)

Outra medida aqui proposta relaciona-se com a necessidade de aprimoramento, desburocratização e de uma interlocução mais célere entre os controles internos e externos,²⁰² pois esta aproximação é relevante para a celeridade e eficiência da orientação aos gestores a tempo e modo adequados para atender a demanda do Poder Público de modo a fortalecer o controle preventivo.

d) Aprimoramento e intensificação das medidas para responsabilização dos agentes políticos, servidores públicos e particulares envolvidos em casos de danos ao erário decorrentes da execução indevida dos contratos administrativos em geral e dos contratos firmados entre os entes e órgãos do Poder Público.

Entende-se que é necessário também o aprimoramento e intensificação de medidas para responsabilização dos agentes políticos, servidores públicos e particulares envolvidos em casos de danos ao erário relacionados aos contratos administrativos em geral e aos contratos firmados entre entes do Poder Público.

Consta do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11 que trata da mediação previsão expressa de que a composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à

²⁰² Ao tratar da necessidade de responsabilização dos servidores públicos por evento causado, no contexto da própria Administração no contexto do fim ou da diminuição da litigância intragovernamental Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy pondera que “Não se pode prescindir de modelos de controle, internos e externos. Internamente, o sistema decorrente da aplicação da Lei nº 8.112, de 1990, centrado nos controles das corregedorias e da Controladoria-Geral da União, a par do regime das ouvidorias. O controle externo permanece exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas. Além, naturalmente, de controles externos informais, a exemplo da imprensa. Não se pode desprezar o uso da ação popular e das ações de improbidade administrativa, por parte de quem tenha competência para ajuizá-las. A Lei de Acesso a Informações oferece ao cidadão mais um importante mecanismo de controle.” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 305-306).

dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.²⁰³

e) A busca pela aplicabilidade de instrumentos consensuais para prevenção e resolução de conflitos contratuais.

No tocante a aplicabilidade de instrumentos consensuais para prevenção e resolução de conflitos contratuais pondera-se que estes poderiam ser utilizadas durante a execução do contrato, em casos de rescisão por inexecução contratual, em caso de existência de débitos decorrentes do contrato ou em outras situações que possam ocorrer na prática, conforme será objeto do Capítulo 3.

f) Acordos administrativos para compensação e quitação dos débitos decorrentes de contratos firmados entre entes do Poder Público, bem como aprimoramento de medidas para recuperação de créditos decorrentes de tais contratos.

Outra medida aqui elencada é a busca por acordos administrativos para compensação e quitação dos débitos decorrentes de contratos firmados entre entes do Poder Público, bem como aprimoramento de medidas para recuperação de créditos decorrentes de tais contratos.

Os acordos administrativos para compensação e quitação dos débitos decorrentes de contratos firmados entre o Poder Público poderiam ser utilizados quando os entes forem credores e devedores entre si. Apesar de tratar-se de questão que parece lógica, na prática a solução não é simples porque em caso de débitos entre entes do Poder Público muitas vezes os entraves jurídicos, políticos e burocráticos impedem uma tentativa de resolução

²⁰³ Conforme o Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11, “Art. 33. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar a composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

(...)

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar” (destaca-se).

administrativa da questão e estas passam a ser objeto de intermináveis demandas judiciais.

Em caso de inexecução do contrato ou de valores pagos a maior entende-se que devem ser apurados os danos para a adoção de medidas para ressarcimento integral dos valores indevidamente pagos, pois estes devem ser considerados irregulares e nulos, cassando-se seus efeitos. Nestes casos, quando for possível a compensação de valores entende-se que essa medida encontra amparo no poder dever de autotutela da Administração Pública que permite a correção de erros, praticados no exercício de suas atividades, o qual também pode ser aplicado para garantir a devida execução dos contratos por ela firmados.

Os arts. 66, 69 e 70 da Lei de Licitações nº 8.666/93²⁰⁴ são dispositivos que tratam da inexecução total ou parcial do contrato administrativo e da responsabilidade pela reparação dos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em decorrência da execução do contrato. Aplicam-se também os princípios da teoria geral dos contratos e do direito privado, vez que pelo art. 54 da Lei nº 8.666/93 aplicam-se supletivamente aos contratos administrativos as disposições de direito privado.

Conforme os arts. 368 e 369 do Código Civil²⁰⁵ a compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis quando duas pessoas forem ao mesmo tempo credora e devedora uma da outra para extinção das obrigações até onde se compensarem.

²⁰⁴ Art. 66. da Lei de Licitações nº 8.666/93: O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

²⁰⁵ Art. 368 do Código Civil: Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy pondera que o instituto do direito civil da “confusão”²⁰⁶ segundo o qual se reconhece identidade entre credor e devedor para diluição do crédito pode ser aplicado em matéria fiscal *“como reconhecido pela própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Especialmente porque, no contexto dos problemas aqui trazidos, as partes têm identidade originária única, como órgãos e entes da Administração”*.²⁰⁷ Assim, se tal instituto tem aplicação até mesmo em matéria fiscal entende-se que também pode ser utilizado para diluir débitos decorrentes de contratos firmados entre entes do Poder Público.

Em casos em que não seja possível a composição extrajudicial e não haja a quitação do débito uma das questões que deve ser levantada é a necessidade de aprimoramento do controle do passivo dos entes dos Poder Público de modo a se buscar alternativas para evitar a prescrição dos²⁰⁸ e a busca de medidas para a recuperação dos créditos decorrentes dos contratos administrativos.

Tais medidas referentes à compensação, restituição de valores pagos indevidamente e recuperação dos créditos decorrentes dos contratos administrativos visa também evitar o enriquecimento sem causa, previsto no direito positivo brasileiro.²⁰⁹ Trata-se de preceito normativo pautado pelo

²⁰⁶ Conforme o art. 381 do Código Civil: Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor” e nos termos do art. 382: A confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida, ou só de parte dela.

²⁰⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 314.

²⁰⁸ Em alguns casos existem discussões sobre o prazo prescricional a ser aplicado na ação pessoal da Fazenda Pública se seria o prazo de direito administrativo ou o de direito civil. No sentido de que aplica-se o prazo de direito civil: Prescrição de ação pessoal da Fazenda Pública. Prestação de contas. Convênio. Obrigatoriedade. *A prescrição de ação pessoal, de que a Fazenda Pública seja autora, rege-se pela Norma Geral, porque a norma especial se restritiva de direito, não pode ter interpretação expansiva*. Cabe a ação de prestação de contas, decorrente de supostas irregularidades na execução de convênio, no qual ficou consignado que a parte receberia do Poder Público uma determinada quantia para atender a assistência social e a promoção cultural. Não se conhece do primeiro agravo retido, nega-se provimento ao segundo agravo retido, rejeita-se a preliminar e nega-se provimento à apelação. (Processo nº 1.0000.00.269005-5/000(1), Relator ALMEIDA MELO, Data do Julgamento: 10/10/2002, Data da Publicação: 18/02/2003) (destaca-se).

²⁰⁹ Art. 884 Código Civil: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

princípio da eticidade com o propósito de vedação de incremento patrimonial desprovido de substrato legal.

O art. 33, § 2º do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11 que trata da mediação prevê que no caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público da Administração Pública Federal a composição extrajudicial será realizada pela Advocacia-Geral da União- AGU e nos casos em que houver o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a AGU solicitará ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para a quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.²¹⁰

g) A busca da consensualidade para prevenção e resolução de conflitos como alternativa para o controle da litigância entre entes do Poder Público em decorrência de contratos administrativos.

Com referência a última medida proposta, conforme será objeto do Capítulo 3, os instrumentos consensuais podem ser uma medida tanto para evitar como para por fim a um litígio judicial decorrente de contratos administrativos, o que demonstra que a busca da consensualidade é uma alternativa para o controle da litigância entre entes do Poder Público em decorrência de contratos administrativos.

2.3 Consensualidade e contratos administrativos

2.3.1 Contexto e noção de Administração consensual

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

²¹⁰ Art. 33, § 2º do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

A partir da análise do contexto e da noção da expressão Administração consensual serão elencadas algumas ponderações sobre o assunto e, em seguida, será abordada a aplicabilidade das premissas e instrumentos da Administração consensual aos contratos administrativos.

Como exposto no Capítulo 1, a Administração Pública brasileira vivenciou os modelos de gestão: patrimonialista, burocrático e gerencialista.²¹¹ O modelo patrimonialista marcou o século XIX até a Era Vargas do século XX e o burocrático a década 60, *“quando, durante o regime militar, o país começava a se insurgir contra centralizadora gestão administrativa e rumava ao modelo gerencialista inspirado numa concepção democrática e plural”*.²¹² Os autores descrevem o Decreto-Lei 200/67 traz uma ensaio a desburocratização e depois vem a Emenda Constitucional nº 19/98.²¹³

No modelo gerencialista os entes públicos e parceiros privados têm mais autonomia pressupondo que seus interesses pessoais não interferem nesse âmbito de gestão administrativa.²¹⁴ Porém, destacam que a despeito dos *“avanços institucionais criados ou redefinidos na Constituição de 1988, tais como o novo papel do Ministério Público, a Controladoria da União, novas legislações como as de responsabilidade fiscal e improbidade administrativa, dentre outros”* a marca do modelo patrimonialista de confusão indiscriminada

²¹¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p. 230 e p. 231-232.

²¹² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p. 232.

²¹³ “Nesse sentido, com a crise estatal das décadas de 80 e 90 atingindo diversos países, as críticas dos neoliberais contra a ineficiência do gigante “Estado-providência” reaparecem no contexto mundial e propuseram a sua substituição pelo chamado Estado mínimo”. Passa a ser o grande projeto de marketing político do governo de Fernando Henrique Cardoso, o modelo gerencial de administração, vale dizer, a resposta efetiva para parte da crise fiscal do Estado brasileiro. O mero ensaio de desburocratização experimentado com o Decreto-Lei 200 dá lugar, pois, à Emenda Constitucional nº 19/98. (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p.234).

²¹⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p. 245-246.

dos interesses públicos com os privados e de concentração ainda persiste na atualidade da administração pública brasileira.²¹⁵

Henrique Lima Quites descreve que considerando as diferenças entre os fundamentos institucionais a “(...) a *simples transposição de “modismos gerenciais” utilizados em empresas privadas para o campo da Administração Pública é capaz de ocasionar uma série de problemas*” referindo-se ao fato de que nas empresas privadas o controle ser de mercado e nas organizações estatais tratar-se de um controle político.²¹⁶

O autor prossegue destacando que o modelo gerencial, sob a influência da ótica de mercado, promove a relativização de bases burocráticas essenciais à preservação da dicotomia público e privado e com isso “*acarretando perigosa minimização de instrumentos de controle e também a impermeabilidade de práticas democráticas*”²¹⁷ e que a evolução do Direito Administrativo está relacionada com a busca de novos instrumentos para inserção social nas estruturas da máquina pública:

A construção de uma reforma pós-burocrática e pós-gerencial repousa, portanto, na efetivação de consensos sociais como instrumentos legitimadores responsáveis pela (re)definição dos limites e objetivos a serem auferidos pelo Poder Público, que deverá pautar-se pela *eficiência social*, devidamente estruturada em bases publicistas e harmonicamente focada em resultados, a partir de escolhas democráticas.²¹⁸

É com tais ponderações que se inicia a análise do contexto e da noção da expressão Administração consensual no Brasil, que ao lado da

²¹⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009, p. 245-246.

²¹⁶ QUITES, Henrique Lima. Por uma administração pública participativa: as ferramentas de controle e eficiência mediadas pela consensualidade. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 95.

²¹⁷ QUITES, Henrique Lima. Por uma administração pública participativa: as ferramentas de controle e eficiência mediadas pela consensualidade. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 95.

²¹⁸ QUITES, Henrique Lima. Por uma administração pública participativa: as ferramentas de controle e eficiência mediadas pela consensualidade. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 98.

Administração tradicional, surge como uma técnica de administração trazendo alguns marcos importantes em matéria de Administração Pública.

Gustavo Justino de Oliveira contextualiza a Administração consensual com a ascensão de fenômenos como o Estado em rede e Governança Pública²¹⁹ e esclarece que “(...) *alguns países vêm desenvolvendo essa nova forma de administrar há um tempo considerável. É o caso da França, que desde o final da década de 60 do século passado utiliza os denominados contratos econômicos*”.²²⁰ O autor entende que não é correto falar que a nova contratualização administrativa surgiu com os processos de Reforma de Estado das últimas duas ou três décadas, mas sim que estes muito contribuíram para a propagação dos métodos e técnicas consensuais como instrumentos de modernização da Administração Pública.²²¹

A despeito de diferentes considerações dos autores sobre a origem da Administração consensual tanto quanto as expressões “Administração consensual, acordada ou concertada” pode-se estabelecer que suas premissas se relacionam com uma busca por maior participação dos cidadãos na Administração Pública²²² e nesse sentido está em consonância com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito,²²³ qual seja, a cidadania (art. 1º, inc. II da Constituição Federal- CF).

²¹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de e SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 8, n. 32, abril/junho 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 48.

²²⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

²²¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

²²² Gustavo Binenbojm ao citar Paulo Otero escreve que: “Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em uma normatividade marcada pela ideias de parcialidade e desigualdade, sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de vertente garantística, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos. (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: BARROSO, Luis Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 500).

²²³ Nas palavras de Liszt Vieira a democracia é uma “forma de existência social”: “Ora, a democracia não é apenas um regime político com partidos e eleições livres. É sobretudo uma forma de existência social. Democrática é uma sociedade aberta, que permite sempre a criação de novos direitos. Os movimentos sociais, nas suas lutas, transformaram os direitos declarados

Gustavo Justino de Oliveira destaca a disseminação da Administração consensual que “*tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente de modo compartilhado com os cidadãos*”.²²⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto escreve que no passado, inspirado pelo sentimento religioso, o único limite era o moral e no Estado de Direito surgiu o limite da legalidade e que “*Com o Estado democrático, de feição pluriclasse, afirma-se o limite da legitimidade, dependente do consenso sócio-político*”.²²⁵

Traçadas essas breves considerações sobre o contexto desta mudança de referencial trazida pela Administração consensual para a área do Direito Administrativo, notadamente no campo dos contratos administrativos, passa-se a analisar a noção e algumas características dessa técnica de administração.

Ao tratar da noção de Administração consensual preliminarmente deve-se destacar a lição de Eduardo Garcia Enterría de que “*Tratar-se-ia de uma técnica de administração no sentido jurídico desta expressão, e não de intercambiar prestações patrimoniais*”.²²⁶ Esclarecido que se trata de uma técnica de administração e não de um “acordo” no sentido de transações patrimoniais, o autor destaca em sua noção sobre o tema a colaboração dos administrados:

formalmente em direitos reais. As lutas pela liberdade e igualdade ampliaram os direitos civis e políticos da cidadania, criaram os direitos sociais, os direitos das chamadas “minorias” — mulheres, crianças, idosos, minorias étnicas e sexuais — e, pelas lutas ecológicas, o direito ao meio ambiente sadio”. (VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 38-40).

²²⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de e SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 8, n. 32, abril/junho 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 48.

²²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 40.

²²⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 591.

Ultimamente tentou-se teorizar como uma tendência geral e estimular com uma política liberalizadora e desalienante esta que veio a se chamar “Administração acordada”: a Administração renunciaria a fazer valer imperativamente e unilateralmente seus poderes e concordaria em ajustar com os particulares destinatários a aplicação concreta dos mesmos, ganhando, em troca, uma colaboração ativa dos administrados mais benéfica (não só na ordem social, mas também na pura eficácia) que a péssima resignada (quando não evitadas ou evadidas) submissão.²²⁷

Tomàs Font y Llovet ao tratar do desenvolvimento dos instrumentos da administração consensual na Espanha também pondera que estes instrumentos permitem a Administração atender aos interesses gerais de maneira mais eficaz.²²⁸

Braulio de Magalhães Santos pondera que “(...) *na medida em que a população participa e integra a Administração Pública pelos canais interativos legais ou não, melhor se estrutura a legitimidade das ações governamentais*”.²²⁹ A colaboração dos indivíduos também é a apontada por Dinorá Adelaide Musetti Grotti como característica de “*uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos*”.²³⁰ A busca do envolvimento dos indivíduos no debate de questões de interesse comum, também é objeto da definição de Almiro do Couto e Silva:

Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas novas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de

²²⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 591.

²²⁸ “*Por un lado, la colaboración y el consenso de los propios afectados garantiza en mayor medida la consecución de los fines públicos encomendados a la Administración y, por tanto, la realización del principio de eficacia. Por otra parte, el acuerdo supone también una mayor aceptación de la decisión y, en consecuencia, genera menor conflictividad. En definitiva, el instrumento convencional, en muchos casos, permitirá a la Administración servir los intereses generales de manera más eficaz*”. (FONT Y LLOVET. Tomás. *Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 366).

²²⁹ SANTOS, Braulio de Magalhães. Controle, consensualidade e participação como pressupostos de aperfeiçoamento do princípio da eficiência. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 110.

²³⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 648.

decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo.²³¹

Odete Medauar escreve que ao lado do clássico contrato de direito público entre Administração e particular (pessoa física ou jurídica) para prestação de serviços, obras e fornecimento de materiais “*disseminam-se acordos entre Administração e grupos ou entidades representativas de interesses; e difunde-se atuação administrativa para propiciar acordos que possibilitem compatibilização de interesses*”.²³² Gustavo Justino de Oliveira sintetiza que se trata de uma “*evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade)*”.²³³

Eduardo Garcia Enterría pondera que a Administração consensual não será uma forma generalizada de administrar, pois se fazem necessárias habilitações legais específicas e tem que ser considerada positiva nas circunstâncias particulares. Ademais, não pode significar a derrogação de uma regulamentação imperativa em benefício de um particular porque isso seria juridicamente impossível.²³⁴

Outra importante ponderação é traçada por Luísa Cristina Pinto e Netto no sentido de que não significa abandonar a atuação administrativa unilateral impositiva e sim superar o modelo unicamente unilateral, dando ênfase a formas consensuais. A autora adverte que nem todas as atividades administrativas podem ser desenvolvidas por meios consensuais e que a consensualidade não pode representar burla aos princípios maiores da

²³¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 209; 43-70. jul/set. 1997, p. 64.

²³² MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

²³³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de e SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 8, n. 32, abril/junho 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 48.

²³⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 593.

legalidade e imparcialidade. Traçadas tais linhas, a autora destaca que *“Lado outro, devem ser reconhecidas a viabilidade e a importância dos meios consensuais em diversos campos da atuação administrativa.”*²³⁵

Braulio de Magalhães Santos destaca que o princípio da eficiência significa um avanço na superação de modelos burocráticos que consideravam a legalidade um modelo rígido que impedia qualquer discricionariedade, isso porque *“além dos procedimentos de forma, o administrador deve sempre ter em vista as finalidades de cada ação desenvolvida e seus fins pretendidos”*.²³⁶

O autor escreve que controle, consensualidade e participação integram e aperfeiçoam o princípio da eficiência quando *“amplia seu espectro de aplicação e se materializa nos instrumentos jurídicos e demais atos realizados pela Administração Pública. (...) representam os avanços e a superação da burocracia meio (...)”*. Ou seja, destaca que estes instrumentos são um avanço na utilização de formalidades apenas como meros requisitos exigidos por lei e *“desarticulados dos objetivos e resultados esperados da boa administração”*.²³⁷

Expostas tais ponderações, destaca-se a lição de Alexandre Aragão de que essa teoria tem riscos, principalmente em países como o nosso com histórico de cooptação dos poderes estatais pelos poderes econômicos, porém, apesar destes riscos, não há como o Estado atuar em um mundo em constante mudança sem a manifestação do “Princípio da Flexibilidade” na organização e atuação da Administração.²³⁸

Conforme exposto, a Administração consensual é uma técnica de gestão que exige ponderações para ser aplicada porquanto é uma tendência

²³⁵ PINTO E NETO, Luísa Cristina. Interesse Público e Administração Concertada. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 4, n. 7, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 180.

²³⁶ SANTOS, Braulio de Magalhães. Controle, consensualidade e participação como pressupostos de aperfeiçoamento do princípio da eficiência. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 103.

²³⁷ SANTOS, Braulio de Magalhães. Controle, consensualidade e participação como pressupostos de aperfeiçoamento do princípio da eficiência. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009, p. 106-107.

²³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado- RDE*, ano 1, nº1:155-173, jan/mar 2006, p. 162.

que não elimina o modelo tradicional e que será aplicada nos casos concretos quando couber e houver previsão específica nesse sentido. Destaca-se que suas características, notadamente a busca de participação do cidadão e de uma maior abertura para o consenso no âmbito da Administração Pública, estão em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. II da CF) e com a busca da eficiência na Administração Pública (art. 37 da CF).

2.3.2 Alguns pontos e contrapontos referentes à aplicabilidade das premissas e instrumentos da Administração consensual aos contratos administrativos

Aqui retoma-se algumas ponderações dos autores para se tratar das implicações da técnica da Administração consensual ao contrato administrativo.

Eduardo Garcia Enterría pondera que entendidos os contratos administrativos como verdadeiros contratos a questão que se colocou é se são ou não distintos dos contratos civis e define o regime jurídico dos contratos administrativos como variável e misto, no qual aparecem sempre misturados em diferentes proporções o Direito Administrativo e o Direito Privado.²³⁹

Florianio de Azevedo Marques Neto expõe que a doutrina brasileira esvaziou o contrato como fonte de obrigação para a Administração com a ideia de que a Administração Pública não estaria submetida ao contrato quando isso contrariasse o interesse público. Ademais, a uniformização de segmentos do Direito Administrativo faria os contratos perderem sua maior vantagem que seria a de dispor de normas específicas vinculantes para as partes, demonstrando que um regime único não atende a todas as modalidades, fazendo-se necessários contratos atípicos e modelos mais flexíveis e adaptáveis a diversas circunstâncias.²⁴⁰

²³⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás- Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 619.

²⁴⁰ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009, p. 4-6.

Sendo a consensualidade cabível até mesmo quanto aos atos de império em funções típicas de autoridade com *“mais razão ainda há para que no âmbito da atividade contratual da Administração tenhamos a redução do caráter assimétrico e imperativo das posições do Poder Público em detrimento do particular”*.²⁴¹

O autor aponta como novas figuras da contratualidade administrativa: contratos com maior poder de normatização nos casos concretos, maior consensualidade das cláusulas contratuais, mais contratos de desempenho e cooperação, maior flexibilidade na alocação dos riscos e regime de equilíbrio econômico financeiro.²⁴²

Ao se buscar a interface da Administração consensual com os contratos administrativos destaca-se a necessidade de ponderação no caso concreto entre o interesse público e o privado sem a utilização *“a priori”* e equivocada de fórmulas no sentido de que em nome de um *“interesse público”* as obrigações contratuais da Administração Pública não precisariam ser devidamente cumpridas, pois destaca-se aqui que o devido cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público ao firmar um contrato administrativo é consectário do interesse público.

Ao avaliar qual o papel de algumas mudanças de referenciais trazidos pela ideia de uma Administração consensual em termos de contratos administrativos é possível apontar que a aplicabilidade das premissas da Administração consensual sob um prisma de complementariedade as premissas da Administração tradicional poderá contribuir para o aprimoramento do trato da matéria.

Algumas dificuldades práticas de se mensurar a aplicabilidade das técnicas consensuais na Administração Pública podem ser elucidadas pela colocação já apresentada de Almiro do Couto e Silva de que *“Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar o ato*

²⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009, p. 4-5.

²⁴² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009, p. 7.

administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele".²⁴³

Nesse sentido, a despeito de muitas vezes a consensualidade não ser "visível" o que se busca destacar é a contribuição dessa mudança de referenciais para o Direito Administrativo e para a Administração Pública o que pode ser sintetizado nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto *"De qualquer forma, a consensualidade é um enriquecimento do Direito Administrativo, que a ele se incorpora permanentemente"*.²⁴⁴

Enzo Roppo escreve que a "contratualização" *"aparece, de facto, eivada por certo grau de ambivalência, e aberta a implicações e resultados potencialmente contraditórios"*:

Por um lado, não deve subvalorizar-se o risco de a difusão das técnicas "consensuais" no campo da acção administrativa, e, portanto, a prática constante do negócio e do acordo com os privados, acabarem por determinar desvios perigosos no modo de proceder e nos objectivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da colectividade. Mas por outro lado, esta afirmação do modelo "convencional" em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas: (...). Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo como, símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade.²⁴⁵

A despeito das vantagens até aqui apontadas verifica-se também inúmeros contrapontos e dificuldades práticas à ideia da aplicabilidade de medidas consensuais no âmbito do Poder Público. Arnaldo Godoy cita como contrapontos a cultura jurídica brasileira e os riscos que o burocrata tem que

²⁴³ COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 209: 43-70. jul/set. 1997, p. 64.

²⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48.

²⁴⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 346-347.

assumir em uma atividade de resolução extrajudicial de conflitos.²⁴⁶ No que toca a cultura jurídica o autor aponta o vínculo ao princípio da legalidade, “*que abomina qualquer tentativa de flexibilização nas relações entre órgãos e entes da Administração, o que pode ser um caminho no enfrentamento da litigância interna*”.²⁴⁷

Quanto aos riscos a serem assumidos pelos servidores públicos o autor destaca que diante da fiscalização pelos órgãos de controle, como das corregedorias e do Tribunal de Contas e o controle indireto, como ações de improbidade administrativa e ações populares “*O espaço de articulação é mínimo, por parte do servidor administrativo. Não haveria, em princípio, o que conciliar ou o que aproximar, mantida essa linha de raciocínio*”.²⁴⁸

Luciane Moessa de Souza sintetiza que para devida utilização de meios consensuais de faz-se necessário “*capacitação e detalhamento de critérios e procedimentos*”:

O crescimento no uso de tais métodos é uma tendência irrefreável no espaço público, pois se insere no paradigma de uma administração democrática e eficiente a que aspira a sociedade brasileira e a cujos reclamos cada vez mais gestores públicos vêm demonstrando sensibilidade.

A implementação de tais métodos requer, contudo, capacitação e detalhamento de critérios e procedimentos, a fim de se garantir isonomia e transparência ao processo de busca da solução consensual, sem que haja perda, porém, da flexibilidade que lhe é inerente.²⁴⁹

²⁴⁶ “No entanto, há inegavelmente no Brasil uma cultura jurídica contrária a fórmulas extrajudiciais ou extravagantes de soluções de conflitos. Não se aceitaria que o Executivo subtraísse do Judiciário o ônus de resolver os problemas da Administração. A racionalização das práticas jurídicas, por meio da legalidade absoluta, em alguns casos, resultou na imobilidade de quem executa a lei. É mais fácil e seguro que o burocrata do Executivo deixe a tomada de decisões para o Judiciário. É medida de sobrevivência. A decisão, por parte do burocrata, implica riscos”. (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 19-20).

²⁴⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 70.

²⁴⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 71.

²⁴⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. Meios Consensuais de Solução de Conflitos na Supervisão do Sistema Financeiro: oportunidades de aprimoramento no processo administrativo sancionador

Jefferson Carús Guedes também comunga do entendimento sobre a necessidade de regulamentação para que seja dada maior segurança na aplicabilidade dos mecanismos de conciliação:

Amparo legal para a transação e acordos existe, esbarrando o seu pleno exercício na insegurança pelo baixo nível de regulamentação disponível e pelo isolamento do profissional encarregado do ato, que muitas vezes é somente o advogado público que atua no processo naquele momento.

(...)

Assim visto, se pode dizer que existem bases legais e até jurisprudenciais suficientes para a transação, observados os limites e a legitimidade que a lei determina. Contudo esse instrumento não se mostra eficiente sendo corriqueiro a Advocacia Pública federal interpor sucessivamente recursos em matérias vencidas e pacificadas, diante dos riscos que persistem à adoção de comportamento conciliador.²⁵⁰

O art. 37 do Projeto de Lei do Senado nº 517/11²⁵¹ traz a previsão de que os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

Não se desconhece que existem inúmeros contrapontos e dificuldades práticas para a busca da consensualidade aos contratos administrativos, na perspectiva do Poder Público, porém a despeito de tais questões, entende-se que a aplicabilidade das premissas e instrumentos da Administração consensual sob um prisma de complementariedade das premissas da Administração tradicional poderá contribuir para o aprimoramento de práticas relacionadas aos contratos administrativos e trazer mais eficiência para a Administração Pública.

do Banco Central do Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral., Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2010, p.135.

²⁵⁰ GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*, p.8. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/view/14539609/transigibilidade-de-interesses-publicos-prevencao-e-abreviacao-de->).

²⁵¹ Art. 37 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

2.3.3 Instrumentos consensuais

No tocante aos instrumentos consensuais, preliminarmente, esclarece-se que os autores se utilizam de diferentes classificações na busca de estabelecer uma sistematização destes instrumentos.

Carlos Alberto de Salles pondera que é variável o grau de consenso, nas diversas situações “(...) *podendo significar maior ou menor liberdade negocial. Isso porque, o consenso administrativo não é inteiramente livre, devendo ser construído a partir de determinados valores, orientadores da atuação do Estado.*”²⁵²

O autor exemplifica como características limitadoras das possibilidades negociais da ação estatal a disponibilidade de bens do Estado e os mecanismos de controle e aponta três modalidades de mecanismos de solução de controvérsias que podem ser utilizadas no âmbito da Administração Pública: foros administrativos de revisão,²⁵³ mecanismos consensuais²⁵⁴ e a arbitragem.

A sistematização estabelecida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto divide em três gêneros segundo a natureza da função e o resultado

²⁵² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 140-141.

²⁵³ “A criação de mecanismos de revisão interna, em bases participativas, permite uma depuração da decisão administrativa, corrigindo-a ou melhorando sua fundamentação e legitimidade perante os interessados. Muito embora o Brasil não adote o modelo de contencioso administrativo europeu, nada impede a criação de estruturas administrativas voltadas para resolução de conflitos, como os tribunais de impostos e taxas, os conselhos de contribuintes, o conselho de defesa econômica”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 144).

²⁵⁴ “A possibilidade de solução de controvérsias por meio de negociação, com final formalização de um acordo, se bem entendida sua finalidade e seus limites, também, é uma alternativa para a Administração, mesmo colocando-se em confronto com as concepções jurídicas discutidas no início deste capítulo. De fato, a possibilidade de negociação direta pela Administração, estabelecendo ou modificando obrigações, foge aos padrões convencionais de conduta administrativa. Embora haja certo movimento no sentido de seu reconhecimento, transações administrativas tem encontrado dificuldades de aceitação”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 145).

administrativo visado face aos interesses públicos promovidos. Estes três gêneros são decisão consensual, execução consensual e solução de conflitos consensual.²⁵⁵

Quanto à decisão consensual podem ocorrer casos em que a atuação do particular é coadjuvante, ou seja, a Administração ouve os particulares e não está vinculada em sua decisão, tais como, coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa. Outra hipótese são os casos em que a atuação do particular vincula a decisão da Administração, como ocorre no plebiscito, referendo, audiência pública, cogestão e delegação atípica.

No tocante a execução consensual o autor trata da administração privada associada de interesses públicos por contrato, tais como a concessão de serviços públicos e de uso de bem público e permissão de serviços públicos. No tocante aos atos instrumentais que emanam de atos unilaterais cita a autorização de serviços públicos, autorização portuária, permissão de uso de bem público e credenciamento. As hipóteses não-contratuais podem dar-se por coordenação tal como nos consórcios, convênios, acordos de programa, conferência de serviços ou por colaboração como nos convênios e acordos de programa.

A prevenção de conflitos pela via consensual pode ser exemplificada pelas comissões de conflito e acordos substitutivos e a solução de conflitos pelo consenso pode ocorrer por meio da conciliação, mediação, arbitragem, ajuste de conduta e similares. Odete Medauar destaca que *“A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre essas e a Administração. (...) Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação”*.²⁵⁶

²⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da Ação Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Jan/março 2003, n. 231, Renovar FGV Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, p. 147-155.

²⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

Henrique Lima Quites destaca a importância de se superar a dicotomia democracia e eficiência. Para este autor as ferramentas de controle e eficiência podem ser mediadas pela consensualidade em campos de participação social, como conselhos, fóruns temáticos, orçamentos participativos e mecanismos de interferência, avaliação e fiscalização de resultados no bojo das políticas públicas.²⁵⁷

Ao tratar das normas que prevêem a consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro Cláudio Cairo Gonçalves cita os *“termos de parceria, franquia, terceirização, a prestação de serviços mediante cooperativas prestadoras de serviços públicos, bem assim através de convênios e consórcios (...)”*.²⁵⁸

Patrícia Baptista cita como instrumentos de atuação administrativa consensual no Brasil os acordos de programa, convênios, protocolos e o contrato previsto no § 8º do art. 37 da Constituição Federal.²⁵⁹

No tocante a relação da consensualidade com os contratos administrativos no Capítulo 3 será analisada a aplicabilidade de instrumentos consensuais, tais como a arbitragem, conciliação, mediação e transação administrativa para prevenção e resolução de conflitos decorrentes dos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil.

²⁵⁷ QUITES, Henrique Lima. Por uma administração pública participativa: as ferramentas de controle e eficiência mediadas pela consensualidade. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 95.

²⁵⁸ GONÇALVES, Cláudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito- Uma introdução. *Revista de Direito Administrativo*. abril/junho 2003, n. 232, Renovar FGV Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, p. 110.

²⁵⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 278.

3 INSTRUMENTOS CONSENSUAIS PARA PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, NA PERSPECTIVA DO PODER PÚBLICO

3.1 Aplicabilidade de instrumentos consensuais para prevenção e resolução de conflitos decorrentes dos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil

Carlos Alberto de Salles alerta que *“Múltiplas são as possibilidades de a Administração se envolver em conflito, como, também, os instrumentos disponíveis para solucioná-lo”*²⁶⁰ e aponta que dentre as variadas espécies de litígios em que o Poder Público está envolvido encontra-se as relativas a divergências contratuais.

Com base nos argumentos até aqui expostos, entende-se que a omissão do Poder Público na prevenção e na busca da resolução mais adequada para os conflitos decorrentes dos contratos administrativos não atende o interesse público e a busca do consenso é apontada como um dos caminhos para devida execução, prevenção e resolução de conflitos decorrentes de divergências contratuais.

Patrícia Baptista define que os acordos interadministrativos resultam do exercício do poder de auto-organização da Administração e operam *“como um meio de ordenação dos entes públicos através de um modelo de colaboração e comunicação.”*²⁶¹ Conforme destacado pela autora, conquanto a ideia de consensualidade seja associada com mais frequência às relações

²⁶⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 119.

²⁶¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 278.

entre a Administração e os administrados “*nela é também possível inserir as relações consensuais entre as próprias administrações Públicas*”.²⁶²

O consenso no sentido de “*(...) ponto de comunhão efetivo entre esses dois tipos distintos de relações jurídicos consensuais (as relações Administração-administrados e as relações interadministrativas)*”,²⁶³ possibilita o aumento da eficiência como uma das maiores vantagens do consenso Administração-Administração e o seu papel legitimador no tocante aos acordos Administração-cidadãos.²⁶⁴

Os meios de solução de controvérsias podem ser classificados como meios de autocomposição, constituída pela mediação e conciliação e meios de heterocomposição, relativos à arbitragem e jurisdição do Estado.

Tania Almeida destaca que “*(...) possibilitar o encaminhamento da questão existente para o instrumento de resolução que ofereça maior eficácia e, conseqüentemente maior eficiência*” é um dos benefícios dos “*sistemas multiportas de acesso à justiça e resolução de conflitos*”.²⁶⁵

A prevenção e resolução de conflitos decorrentes dos contratos por meio da aplicação de instrumentos consensuais no âmbito administrativo também evita que tais conflitos sejam objeto de processos judiciais. Arnaldo Godoy sintetiza “*O que se deve evitar, a todo custo, é a judicialização de um problema que é da Administração, e que por ela deve ser resolvido*”.²⁶⁶

A ponderação de que as divergências na Administração devam ser resolvidas por ela própria através de mecanismos internos não significa

²⁶² BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 278.

²⁶³ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 278.

²⁶⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁶⁵ ALMEIDA, Tania. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94.

²⁶⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 317.

negativa do princípio da inafastabilidade da jurisdição.²⁶⁷ Os mecanismos internos se dão “*basicamente por intermédio de fórmulas de conciliação, que hoje são prestigiadas e defendidas pelo próprio Poder Judiciário*”.²⁶⁸ Jefferson Carús Guedes também pondera que “*Não há uma contradição absoluta entre monopólio da jurisdição e conciliação ou transação de interesses públicos*”, estas não serão cabíveis quando a lei expressamente as limita ou veda, mas terão aplicação nos demais casos permitidos pela lei.²⁶⁹

Carlos Alberto de Salles define que os mecanismos alternativos de solução de controvérsias ou *Administrative Dispute Resolution Act- ADRA*, na designação de língua inglesa constituem “(...) *fundamentalmente, obrigações coordenadas no sentido de levar a uma decisão ou, simplesmente, facilitar o consenso das partes na solução das controvérsias especificadas convencionalmente*”. O autor cita que analogamente à convenção arbitral, pelo instrumento de natureza contratual pode ser escolhido livremente pelas partes outras formas adjudicatórias ou consensuais.²⁷⁰

Cristiane Schwanka sintetiza que:

Assim, é possível afirmar que a utilização de instrumentos consensuais no âmbito do Direito Público, notadamente em sede administrativa, indica, não somente uma linha de transformação da dogmática clássica fundamentada no ato de autoridade, mas também uma evolução do próprio modo de agir da Administração Pública.²⁷¹

²⁶⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 302.

²⁶⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 303.

²⁶⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*, p. 9. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/view/14539609/transigibilidade-de-interesses-publicos-prevencao-e-abreviacao-de->).

²⁷⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 203.

²⁷¹ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p. 110.

No que toca o objeto deste trabalho busca-se a relação da consensualidade com os contratos administrativos na prevenção e resolução consensual de conflitos, pois os instrumentos consensuais poderiam ser utilizados durante a execução do contrato, em casos de rescisão por inexecução contratual, em caso de existência de débitos decorrentes do contrato ou em outras situações que possam ocorrer na prática, configurando-se como uma alternativa tanto para evitar como para por fim a um litígio judicial decorrente de contrato administrativo.

Nos itens seguintes busca-se aqui uma sistematização da abordagem de alguns autores pátrios que se dedicaram ao estudo da aplicabilidade aos contratos administrativos de institutos como a arbitragem²⁷², a conciliação e a mediação²⁷³ e a transação administrativa.²⁷⁴ A partir desses estudos pretende-se abordar a possibilidade de aplicação destes institutos aos contratos firmados entre o Poder Público.

3.2 Análise de alguns instrumentos consensuais aplicáveis aos contratos administrativos

3.2.1 Arbitragem

²⁷² Sobre a arbitragem em contratos administrativos ver SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

²⁷³ Sobre mediação ver MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2010, p. 84-85.

²⁷⁴ Sobre a transação administrativa ver SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009 e BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

A arbitragem é um mecanismo heterocompositivos de solução de controvérsias que possui uma base consensual²⁷⁵ e que propicia uma solução adjudicatória²⁷⁶ no qual as partes *“investem um ou mais particulares de poderes para solucionar litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, cuja decisão se equipara à judicial e se reveste da garantia constitucional da coisa julgada material (...)”*.²⁷⁷

Carlos Alberto de Salles define a arbitragem como um mecanismo de solução de controvérsia no qual o *“árbitro, terceiro neutro e eqüidistante em relação às partes, adjudica uma solução à controvérsia por elas apresentada”*.²⁷⁸ O autor pondera que a despeito de não ser “remédio” para todas as situações de conflito nas quais a Administração se veja envolvida²⁷⁹ é útil em determinados contextos *“sobretudo em matéria contratual e, muito especialmente, naqueles casos em que se pretenda atrair recursos privados para atividades do Estado, situações nas quais a solução arbitral pode representar garantia de uma solução adequada (...)”*.²⁸⁰

²⁷⁵ “No Brasil, é o que ocorre em relação à arbitragem, na qual sua adoção depende de uma base consensual, estabelecida por meio do instrumento contratual, escrito, que veio a ser denominado *convenção arbitral*”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 202).

²⁷⁶ Carlos Alberto Carmona diferencia a arbitragem da conciliação e mediação: *“Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsia) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios (...)”*. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 51-52).

²⁷⁷ AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridade da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A.; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329.

²⁷⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 147.

²⁷⁹ Arnaldo Wald destaca que a arbitragem das entidades públicas e especialmente das paraestatais está sendo reconhecida pela maioria das legislações e mesmo por aquelas que adotam o sistema de contencioso administrativo como a lei venezuelana a respeito da arbitragem comercial de 1988, a lei belga de 1988 que modificou o Código de Processo Civil e Código dos Contratos Públicos aprovado na França em 2001 que reconhecem que nada impede a solução por via arbitral dos conflitos nos quais um dos interessados é sociedade de economia mista ou até o próprio Estado. (WALD, Arnaldo. *Pareceres: Direito das Concessões*, v. 3. (Série grandes pareceristas). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 377).

²⁸⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 148.

Paulo Osternack Amaral também pondera a pertinência de sua utilização para solucionar controvérsias relativas a contratos administrativos, pois além de proporcionar um “(...) *ganho de otimização e eficiência na justa composição dos litígios entre os jurisdicionados, traduz-se em uma importante alternativa àqueles litígios que exigem um conhecimento extremamente especializado em determinada área do conhecimento*”.²⁸¹

No Brasil a arbitragem aplicada a contratos administrativos surge impulsionada por leis que buscavam novos modos de atuação estatal no contexto do processo de reforma do Estado, pois é “(...) *nesse contexto que a aplicação de mecanismos privados de resolução de controvérsias passa a fazer sentido no âmbito público, utilizados como parte de uma estratégia de condução e gestão dos negócios do Estado*”.²⁸²

Aline Lícia Klein descreve que “*A arbitragem envolvendo entes da Administração Pública já tem um longo percurso no Brasil. Não faltam, também precedentes reconhecendo a sua admissibilidade*”.²⁸³ A aceitação da arbitragem e a inviabilidade da sua vedação é tendência doutrinária e legislativa para se evitar uma “*indevida restrição à autonomia contratual estatal*”.²⁸⁴

Cesar A. Guimarães Pereira e Eduardo Talamini sintetizam que não é possível afirmar que a questão seja imune a controvérsias, porém destaca que “*No entanto, muito já se avançou no sentido da admissão de que ao*

²⁸¹ AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridade da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A.; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

²⁸² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 61.

²⁸³ O caso clássico de admissão da arbitragem é o “Caso Lage” no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu não ser possível impedir a União de submeter questão que possa ser objeto de transação à solução arbitral. “*A histórica decisão tomada pelo Poder Judiciário a respeito da possibilidade de submeter-se a União a juízo arbitral assentou em dois pontos: primeiro, na tradição, eis que a arbitragem sempre tida admitida em nosso ordenamento, mesmo nas causas que envolvem a Fazenda; depois, na autonomia contratual do Estado, que só poderia ser negada se este agisse como Poder Público (hipótese em que não haveria margem para a disponibilidade do direito*”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62).

²⁸⁴ KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A.; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

*menos parte expressiva dos litígios envolvendo a Administração Pública pode ser objeto de solução pela via arbitral.*²⁸⁵ Os autores destacam que superada a questão do cabimento da arbitragem em litígios que envolvam a Administração Pública no direito brasileiro o que agora se coloca é *“como se implementa a solução arbitral nesses casos? quais as peculiaridades envolvidas? quais os avanços mais necessários?”*²⁸⁶

Paulo Osternack Amaral define que o Poder Público poderá desfrutar de quase todas as vantagens que a arbitragem oferece às demandas arbitrais envolvendo somente particulares no tocante a celeridade e a flexibilidade do procedimento.²⁸⁷ Carlos Alberto de Salles traça uma avaliação das vantagens²⁸⁸ em relação ao processo judicial e também dos defeitos da arbitragem aplicada a contratos administrativos, pois entende que é necessário justificar sob a perspectiva do Estado *“(…) as vantagens desse método de*

²⁸⁵ GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. e TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. e TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

²⁸⁶ GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. e TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. e TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.7.

²⁸⁷ O autor sintetiza as vantagens, desvantagens e peculiaridade da arbitragem envolvendo o Poder Público. O autor descreve que as *“prerrogativas processuais que a Fazenda Pública possui no processo estatal não se aplicam ao processo arbitral”* isso poderia ser considerado uma desvantagem em relação ao estatal, mas consiste em vantagem do ponto de vista do particular (p. 343-344). Outra desvantagem é que *“(…) o árbitro em demanda arbitral envolvendo o Poder Público não poderá julgar com base em equidade. Em observância ao art. 37 da Constituição, entendemos que a decisão arbitral deverá ser proferida em estrita consonância com a legalidade”* (p.344). Outra questão é que o *“(…) tão enaltecido “sigilo” mostra-se incompatível com litígios arbitrais envolvendo entes públicos- ainda que a disputa se dê em torno de direitos patrimoniais disponíveis”* visto que a arbitragem em que figure o Poder Público deverá respeitar o princípio constitucional da publicidade (p.344). (AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridade da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A.; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010).

²⁸⁸ O autor destaca que a arbitragem pode significar um incentivo em determinadas modalidades contratuais e pondera que *“Nesse sentido, a arbitragem apresenta-se como uma vantagem, consistente em, afastando da jurisdição estatal, propiciar soluções em tempo mais curto, com menores custos globais, com maior especialização dos julgadores, com incentivo ao restabelecimento de relações continuadas, etc. Claro, não se trata de afirmar que alguém contrate ou deixe de contratar com o Estado somente por causa de uma cláusula arbitral, mas de admiti-la como um dos atrativos para a participação da iniciativa e do investimento privados em obras e serviços públicos.*

Ademais, a arbitragem é, também, vantajosa para a Administração Pública contratante. As mesmas razões, que inspiram sua adoção pelo particular, merecem a consideração do Poder Público, sendo inegável seu interesse na resolução rápida, qualitativa, eficiente, harmônica de controvérsias o envolvendo.” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 109).

*solução de disputas, de maneira a legitimar a possibilidade legislativa de sua utilização, bem como a decisão do agente público de aplicá-la em determinado contrato”.*²⁸⁹

A proposta do autor é “*a formulação de um juízo de adequação*” como parâmetro para avaliação e motivação administrativa da conveniência da utilização da arbitragem nesses casos, considerando diversos fatores relacionados às situações conflitivas e aos mecanismos de solução envolvidos, ou seja, “*De um lado, as características centrais da controvérsia e do modo eleito para sua solução, de outro, as finalidades às quais a Administração está legalmente direcionada e aptidões instituições envolvidas*”.²⁹⁰

No caso dos contratos administrativos verifica-se “*um modo específico e peculiar de estabelecimento da convenção arbitral*” porque o estabelecimento deste “*deve conciliar as premissas desse meio de solução de controvérsias com os condicionantes próprios da administração pública*”.²⁹¹ O autor defende que a adoção de uma noção ampla de processo garante que este seja o mecanismo apto e suficiente a garantir a conformação da arbitragem aos princípios e preceitos de direito público na qual o processo é analisado “*(...) de maneira mais ampla, como mecanismo de regulação do exercício do poder em geral, não apenas do jurisdicional, mas também daquele existente em outras esferas de poder atuantes ou presentes na sociedade*.”²⁹²

A arbitragem se funda na autonomia da vontade das partes que a ela se vinculam através da convenção de arbitragem e “*(...) dois são os elementos da disciplina jurídica da arbitragem contemporânea a dar efetividade*

²⁸⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 30.

²⁹⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 32.

²⁹¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 37.

²⁹² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 105.

*à autonomia da vontade: a irrevogabilidade unilateral da convenção arbitral e a possibilidade de se buscar judicialmente a instituição da arbitragem”.*²⁹³

No regime privado, as partes podem renunciar à convenção de arbitragem, mas *em relação à Administração* isso não é possível considerando a vinculação ao instrumento convocatório.²⁹⁴ Para efetividade a Administração deve vincular-se a cláusula ou compromisso arbitral de modo que não há possibilidade de cláusulas exorbitantes, que permitam à Administração revogar a convenção arbitral.²⁹⁵ Cesar A. Guimarães Pereira também pondera que em respeito a boa-fé e a vedação do *venire contra factum proprium* “*É inadmissível que um ente estatal firme uma cláusula compromissória ou celebre um compromisso arbitral e, no momento de lhe dar cumprimento, pretenda desfazê-la sob qualquer fundamento.*”²⁹⁶

Na arbitragem a Administração Pública renuncia à possibilidade de decidir unilateralmente a questão e à via judicial para solução da controvérsia²⁹⁷ e as partes escolhem os julgadores que decidirão o litígio.²⁹⁸ A característica da definitividade das decisões arbitrais é o que a torna

²⁹³ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 35.

²⁹⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 46.

²⁹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 147.

²⁹⁶ GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. Arbitragem e Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A.; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.146.

²⁹⁷ “Embora a arbitragem possa acarretar efetiva redução das prerrogativas da Administração, essa circunstância faz parte da própria estratégia de gestão estatal envolvida nas contratações nas quais a arbitragem é autorizada por lei”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 147).

²⁹⁸ “(...) a parte jamais deve esperar que o árbitro comporte-se como seu representante perante o tribunal arbitral (...). Efetivamente, a única expectativa que a parte pode ter em relação ao árbitro que nomeou relaciona-se à condução da arbitragem com competência, imparcialidade e independência, e que ele honrará a sua indicação por meio de um exame dedicado e minucioso dos documentos e argumentos de cada uma das partes, assegurando, assim, um julgamento justo e adequado ao caso concreto”. (AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridade da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A.; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.333).

*“imunizada contra possibilidade de impugnações”.*²⁹⁹ A definitividade da sentença em única instância deve ser transposta, como regra, para a arbitragem em disputas surgidas em face da Administração Pública, para não *“prejudicar uma das principais vantagens condutoras da opção por esta modalidade de solução”.*³⁰⁰

Carlos Alberto de Salles aponta que os pressupostos para a submissão de controvérsias contratuais da Administração Pública à arbitragem estão relacionados com a *“existência da autorização legislativa, aos limites de arbitralidade enquanto possibilidade jurídica, próprios da Administração, e a fatores ligados à convenção de arbitragem, sua constituição e requisitos que deve conter em relação ao seu desenvolvimento do processo arbitral”.*³⁰¹

A Administração Pública poderia utilizar a arbitragem na forma de cláusula arbitral, pela qual estão submetidos todos os litígios surgidos em relação a determinado contrato, quanto em relação a uma controvérsia específica na qual as partes, por meio de compromisso, pactuem o uso da arbitragem.

A cláusula arbitral é prévia ao conflito e trata-se de uma cláusula contratual que deve ser considerada como um elemento da licitação, pois a *“(...) existência do pacto arbitral, no edital e contrato, deve vir bem destacada, de forma a não restar dúvida quanto à adesão do particular à cláusula arbitral e conseqüente exclusão da jurisdição estatal”.*³⁰² Já o compromisso seria um ajuste autônomo em relação ao contrato e firmado posteriormente ao conflito.³⁰³ O autor defende que nas duas espécies pende a necessidade de autorização legislativa e de atendimento de outros requisitos exigidos por lei.³⁰⁴

²⁹⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 56.

³⁰⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 57.

³⁰¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 207.

³⁰² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p.110.

³⁰³ O autor entende que não há uma autorização legal de caráter geral para utilização da arbitragem em relações contratuais da Administração Pública, o que existem são diversas leis

O autor filia-se a corrente que entende pela necessidade jurídica de previsão em lei para utilização da arbitragem, a qual já existe em um grande número de leis brasileiras acerca de contratos administrativos,³⁰⁵ e explica:

(...) a utilização da arbitragem em relação a contratos administrativos não depende de regulamentação legal específica, mas apenas de autorização legislativa, indicativa da possibilidade de sua adoção no âmbito da Administração Pública, não mais do que isso. Essa autorização, por sinal, não precisa indicar expressamente a arbitragem, bastando apontar a possibilidade de utilização de mecanismos privados ou extrajudiciais de solução de controvérsias, como estava presente na redação original da Lei de Concessões.

Cesar A. Guimarães Pereira analisou as orientações do Tribunal de Contas da União- TCU e do Superior Tribunal de Justiça- STJ no tocante a utilização da arbitragem pela Administração Pública. Em alguns precedentes o TCU entendeu que a Lei nº 9.307/96 seria insuficiente para configurar autorização legislativa para a arbitragem em contratos administrativos. Esse entendimento é divergente do entendimento do STJ nos Recursos Especiais nº 612.439-RS e 606.345-RS que entende ser desnecessária a autorização legislativa³⁰⁶ e conclui:

Por fim, reconhecendo-se que haveria mera falta de lei autorizativa específica, a conclusão necessária é a de que não há obstáculo constitucional à arbitragem. Ou seja, não se

permitindo a utilização de arbitragem mediante cláusula arbitral em modalidades contratuais específicas. Não há uma norma geral ou específica *permitindo* que a Administração Pública pactue o compromisso após verificado o conflito entre as partes e defende “A esse propósito, deve-se destacar a importância da existência de um marco legal permitindo à Administração Pública utilizar essa modalidade de convenção arbitral. Com isso, pode-se evitar transformar a arbitragem em uma vantagem indevida para determinados contratantes. Mais ainda, seria importante existir uma disciplina, legal ou simplesmente regulamentar, indicativa das condições e hipóteses nas quais a Administração poderia firmar o compromisso arbitral” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 111, 112-113).

³⁰⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p.147-148.

³⁰⁵ No Apêndice 2 sistematiza-se alguns exemplos de legislação correlata as medidas aqui tratadas relacionadas com a busca da consensualidade no âmbito dos contratos administrativos com o escopo de demonstrar a viabilidade de aplicabilidade de instrumentos consensuais âmbito da Administração e a relevância de marcos legislativos para a matéria.

³⁰⁶ Precedentes do TCU: Acórdãos nº 584/2003, 53/2006 da 2ª Câmara do TCU e Acórdãos nº 1.099/2006 e 1.271/2005 do Plenário do TCU. (GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. *Arbitragem e Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. e TALAMINI, Eduardo(coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo:Saraiva, 2010).

estaria diante de uma indisponibilidade genérica do “interesse público”, derivada do princípio da legalidade.

Por conseguinte, e com o máximo respeito ao entendimento adotado pelo TCU nos acórdãos referidos, a previsão do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que não contém nenhuma exclusão dos entes da Administração ou de contratos regidos pelo Direito Público, deve obrigatoriamente ser tida como autorização legislativa suficiente para a submissão de entes da Administração direta ou indireta ao juízo arbitral. Esse é o entendimento subjacente aos precedentes do STJ referidos acima e reflete a posição predominante do pensamento doutrinário atual no Brasil.³⁰⁷

Defende-se neste trabalho que não existe vedação legal à aplicabilidade de medidas consensuais ao Poder Público e filia-se a vertente que entende que a Lei nº 9.307/96 já contempla autorização legislativa suficiente para a submissão de entes da Administração direta ou indireta ao juízo arbitral. No entanto um marco legislativo poderá trazer grande avanço a essa área no sentido de proporcionar parâmetros e maior segurança às partes envolvidas no sentido de uma sedimentação dos preceitos aqui tratados relacionados à busca da consensualidade pelo Poder Público.

No Brasil foi criada no Senado Federal uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de elaborar o Anteprojeto de Lei de Arbitragem e Mediação. Esta comissão tratou da elaboração, revisão e aprovação do texto do Anteprojeto de reforma da Lei de Arbitragem e do Anteprojeto de Lei de Mediação, os quais serão analisados nos itens seguintes.³⁰⁸

³⁰⁷ GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. Arbitragem e Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In: GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A.; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

³⁰⁸ Requerimentos nº 702/12 e 854/12 do Senado Federal. A comissão de Juristas foi composta ainda por Marco Maciel, José Antônio Fichtner, Caio Cesar Rocha, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Rossi Nobre, Francisco Antunes Maciel Müssnich, Tatiana Lacerda Prazeres, Adriana Braghetta, Carlos Alberto Carmona, Eleonora Coelho, Pedro Paulo Guerra de Medeiros, Silvia Rodrigues Pereira Pachikoski, Francisco Maia Neto, Ellen Gracie Northfleet, André Chateaubriand Pereira Diniz Martins, José Roberto de Castro Neves, Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, Walton Alencar Rodrigues, Roberta Maria Rangel, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e Adacir Reis. Em 27/09/13 foi realizada a 13ª Reunião e a referida comissão encerrou suas atividades concluindo a elaboração, revisão e aprovação do texto do anteprojeto de reforma da Lei de Arbitragem e do anteprojeto de Lei de Mediação.

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 406/2013³⁰⁹ que altera a Lei nº 9.307/1996 e a Lei nº 6.404/1976 traz uma ampliação do âmbito de aplicação da arbitragem dispondo expressamente que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados. Consta da Justificativa do referido Projeto de lei que:

*(...) as experiências positivas obtidas com a utilização da arbitragem recomendam a sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, contribuindo para a redução de ações judiciais no Poder Judiciário, na medida em que carrega perspectiva de racionalidade para a jurisdição estatal, hoje assoberbada com o decantado volume de processos.*³¹⁰

³⁰⁹ Projeto de Lei do Senado Federal nº 406/2013:

Art. 1º Os arts. 1º, 2º, 4º, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º (...)

§ 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR)

“Art. 2º (...)

§ 3º As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.” (NR)

³¹⁰ Conforme a Justificação do PL nº 406/2013 “A arbitragem tem se revelado um importante instrumento de resolução de conflitos no Brasil, notadamente com o advento da Lei n. 9.307, de 1996, que se erigiu como um marco legal do instituto.

(...)

Decorridos mais de 17 anos de sua edição, a Lei de Arbitragem se deparou com o avanço de novas tecnologias, profundas alterações legislativas no campo processual e a jurisprudência que vem se formando em torno do instituto, o que fez exsurgir a necessidade de seu aperfeiçoamento.

Ademais, as experiências positivas obtidas com a utilização da arbitragem recomendam a sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, contribuindo para a redução de ações judiciais no Poder Judiciário, na medida em que carrega perspectiva de racionalidade para a jurisdição estatal, hoje assoberbada com o decantado volume de processos.

Assim, com o escopo de aprimorar a Lei de Arbitragem e sintonizá-la com o cenário de crescente participação do Brasil no cenário internacional, a presente proposta tem por foco alterações pontuais que não afetam a sua estrutura normativa principal.

Sempre com a devida cautela, trata da possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes de contratos firmados por empresas com a Administração Pública, como forma de transmitir confiança ao investidor estrangeiro, notadamente quando se tem em mente grandes obras e eventos de nível mundial.

(...)

Em suma, a proposta preserva a estrutura principal da atual Lei de Arbitragem, apresenta melhorias pontuais em seu texto e procura, a um só tempo, estender a sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, fortalecer e aperfeiçoar esse eficiente instituto de pacificação social”.

Conforme o referido Projeto a autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.³¹¹ Outro ponto a ser destacado é a previsão de que a instituição da arbitragem interrompe a prescrição e retroage a data do requerimento, ainda que extinta por ausência de jurisdição.³¹²

3.2.2 Conciliação e mediação

Neste ponto do trabalho analisa-se as formas de autocomposição, constituídas pela conciliação e mediação e sua aplicabilidade aos contratos administrativos. Carlos Alberto Carmona ao diferenciar a arbitragem da conciliação e mediação pondera que nestas “*não existirá decisão a ser impostas às partes pelo mediador ou pelo conciliador que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes)*” ao contrário da arbitragem que se caracteriza pela impositividade da solução arbitral.³¹³

Petrônio Calmom descreve que alguns autores recomendam tratar os termos conciliação e mediação como sinônimos, porém pondera que “*pela observação da prática universal, observados todos os fatores envolvidos, não há dúvida sobre a existência de dois mecanismos distintos, verificando-se, ainda algumas variações ou subdivisões*”.³¹⁴

O autor traça que conciliação e mediação se diferenciam pela finalidade, método e vínculo. A finalidade se refere ao fato de que a mediação visa resolver com abrangência o conflito, ao passo que a conciliação surge

³¹¹ Art. 1º, § 2º do Projeto de Lei do Senado Federal nº 406/2013 que trata da Arbitragem.

³¹² Nova redação a ser dada ao art 19, § 2º da Lei nº 9.307/1996 nos termos do Projeto de Lei do Senado Federal nº 406/2013 que trata da Arbitragem.

³¹³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 51-52.

³¹⁴ CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 110.

*“contentando-se em resolver o litígio conforme seus pontos elementares, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos”.*³¹⁵

Quanto ao método o autor destaca que o conciliador em um papel mais participativo *“podendo chegar a apresentar uma fórmula da autocomposição, ou seja, pode sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente com elas a este respeito”*. O mediador, por sua vez, *“apenas assiste as partes, facilitando sua comunicação, com o objetivo de favorecer a identificação de um acordo de recíproca satisfação”*.³¹⁶

Quanto ao vínculo descreve que a conciliação é inerente ao Poder Judiciário³¹⁷ e que considerando esses três aspectos que as distinguem *“aconselha denominar-se conciliação qualquer mecanismo que tenham vínculos diretos com o Poder Judiciário”*.³¹⁸

Luciane Moessa de Souza também traz como distinção entre a conciliação e mediação que *“(...) naquela o conciliador deve desempenhar um papel ativo na obtenção do acordo, formulando propostas para obtenção do consenso entre as partes”* enquanto na mediação *“o mediador simplesmente é um facilitador do diálogo entre as partes, que chegam por si mesmas a um acordo consensual, pois a solução emerge espontaneamente deste contrato”*.³¹⁹

³¹⁵ CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.111.

³¹⁶ CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 111.

³¹⁷ “A conciliação é o mecanismo para a obtenção da autocomposição tradicionalmente utilizado no processo judicial, bem como em iniciativas paraprocessuais do Poder Judiciário, atividade exercida pelo juiz ou por auxiliar, funcionário da Justiça ou nomeado *ad hoc*. Consiste no desenrolar de um diálogo entre partes e conciliador, com vistas a encontrar uma posição final para o conflito, que seja aceitável e factível para ambos os envolvidos. Por imposição da civil Law, o juiz é orientado a propor ou indagar sobre a possibilidade de acordo em diversas fases do processo judicial.” (CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105).

³¹⁸ CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105.

³¹⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba e SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 71.

Tania Almeida descreve que tanto a conciliação como a mediação “têm por objetivo auxiliar pessoas a construírem consenso sobre uma determinada desavença”,³²⁰ mas enquanto a conciliação tem nos acordos o seu maior objetivo a mediação “privilegia a desconstrução do conflito e a restauração da convivência pacífica entre pessoas”.³²¹

Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio descrevem que a conciliação se caracteriza por sua natureza extrajudicial e pelo objetivo precípuo de solucionar o conflito em pauta por meio do comprometimento voluntário das partes, pois:

(...) atribui-se ao conciliador a função de propor as alternativas de resolução, com base nas peculiaridades inerentes a cada caso, ou seja, esse método propõe uma maior intervenção do terceiro na solução propriamente dita, por meio da intensa participação do conciliador.³²²

Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio tratam da mediação como um procedimento de autocomposição de conflitos³²³ e que se

³²⁰ ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94.

³²¹ ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94.

³²² MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2010, p. 86.

³²³ Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio abordam o tema “Enfatiza-se que a mediação é um instrumento de gestão que se utiliza de ferramentas da esfera da objetividade: a audiência em si mesma e a preservação dos princípios e das garantias jurídicas. Também se serve de ferramentas da esfera da subjetividade: o diálogo, a escuta ativa, a confiança e o acordo. A junção dessas perspectivas tem como destino final a instituição e o fortalecimento do paradigma da pacificação como uma prática gestora. Entende-se, pois, que a mediação é um instrumento paralelo ao instrumento jurídico positivado, agora já inserido como princípio programático no novo Código de Processo Civil (CPC), não substitutivo, não concorrente de solução de conflitos e controvérsias.

Na seara administrativa, trata-se o instituto da mediação como um instrumento que não fere a estrutura hierárquica dos entes governamentais, pois o ato da mediação age de maneira transversal na estrutura estatal, momentaneamente, no ato da instalação da mesa conciliadora, e se dilui quando da solução do conflito ou controvérsia.” (MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2010, p. 84-85.

trata de um “*instituto que incide e procura viabilizar alternativas de solução de problemas assentes no interior de uma situação ou circunstância em que o conflito ordena as partes e orienta a ação dos sujeitos*”.³²⁴ A mediação nas palavras de Petrônio Calmom caracteriza-se pela:

(...) intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito, facilitando o diálogo ou incentivando o diálogo inexistente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito latente, quanto a própria relação antes desgastada, permitindo sua continuidade pacífica.³²⁵

Diante das características e vantagens que estas formas de autocomposição de conflitos³²⁶ representam questiona-se aqui como poderiam ser tratadas no âmbito administrativo e especialmente em relação aos contratos administrativos.

Luciane Moessa de Souza trata da utilização de meios consensuais de solução de conflitos em várias situações no âmbito administrativo e faz uma análise do tema sob vários aspectos, inclusive quanto ao formal o qual, como anteriormente visto, gera tantas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, e defende “(*...*), *buscou-se deixar clara a possibilidade de tratamento do tema por ato normativo de natureza regulamentar*”.³²⁷ A autora destaca:

³²⁴ MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2010, p. 77.

³²⁵ CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 109.

³²⁶ “(*...*) o espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. A mediação frutífera proporciona aos profissionais da área do Direito a rara satisfação de poder rapidamente resolver o problema. O aperto de mão no término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que mais poderiam pretender advogados e juízes?” (SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000, p.101).

³²⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. Meios Consensuais de Solução de Conflitos na Supervisão do Sistema Financeiro: oportunidades de aprimoramento no processo administrativo sancionador

A mediação e/ou a conciliação de conflitos na esfera administrativa podem ser utilizadas numa grande variedade de situações, desde as reclamações apresentadas às ouvidorias de órgãos públicos até processos administrativos punitivos, ou, ainda, em quaisquer situações em que os cidadãos ou entes privados exerçam direito de petição. A justificativa para a utilização de meios consensuais de solução de conflitos assenta-se em princípios constitucionais, expressos ou não, que devem nortear a atuação da Administração Pública, tais como o princípio da eficiência, o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da razoável duração do processo administrativo, bem assim o princípio democrático.³²⁸

Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio abordam a mediação e a conciliação nas hipóteses em que o Estado ocupa o pólo ativo e passivo das contendas afirmando tratar-se de uma busca pela *“melhoria da gestão pública”* visto que *“(…) ao deslocar conflitos, inter e intragovernamentais, do âmbito do Judiciário para a arena administrativa, podem aumentar a celeridade na solução de processos e finalização de contendas com maior nível de satisfação para as partes envolvida e com um bom retorno para a sociedade em geral”*.³²⁹

Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio defendem que *“a mediação, como instrumento de gestão, unifica o Estado brasileiro sob o paradigma da pacificação, ao fixar este como uma missão comum a todos os órgãos, independentemente do lugar que ocupam na estrutura administrativa”*. Para as autoras esse paradigma tende a fortalecer o atendimento ao cidadão como ação prioritária dos órgãos públicos.³³⁰

do Banco Central do Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral., Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2010, p.135.

³²⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. Meios Consensuais de Solução de Conflitos na Supervisão do Sistema Financeiro: oportunidades de aprimoramento no processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral., Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2010, p.100-101.

³²⁹ MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2010, p. 84.

³³⁰ MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco*

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11³³¹ dispõe sobre a mediação como meio alternativo de solução de controvérsias entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Nos termos deste projeto de lei considera-se mediação a “*atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”.³³²

O projeto traz uma disciplina para a mediação a ser aplicada às pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado e uma disciplina diferenciada para as hipóteses em que ao menos uma parte é pessoa jurídica de direito público.

O Capítulo II do Projeto de Lei do Senado nº 517/11 é o que dispõe sobre a composição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito Público e prevê a possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios³³³ com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.³³⁴

O art. 30, § 4º do Projeto de Lei do Senado nº 517/11³³⁵ exclui da competência das mencionadas câmaras “*controvérsias que somente possam*

Central. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2010, p. 84-85.

³³¹ No tocante a mediação tramitam no Senado Federal os Pls nº 405/13, 434/13 e o 517/11. O texto final que será aqui analisado é de autoria do Senador Vital do Rêgo o qual foi objeto de deliberação, em caráter terminativo, da Comissão de Constituição e Justiça- CCJ que aprovou este Substitutivo de autoria Senador Vital do Rêgo.

³³² Art. 1, § 1º do Projeto de Lei do Senado nº 517/11.

³³³ Nos termos dos arts. 30 e seguintes do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11 as Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos terão o modo de composição e o funcionamento estabelecidos em regulamento de cada ente federado. A submissão do conflito à câmara será facultativa e cabível apenas nos casos previstos no regulamento do ente federado.

³³⁴ Art. 30, incs. I, II e III do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

³³⁵ Art. 30, § 4º do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo ou que possam acarretar onerosidade excessiva para a Administração Pública”.

No mesmo sentido do Projeto de Lei que trata da arbitragem,³³⁶ neste projeto também há previsão de suspensão da prescrição com a instauração de procedimento administrativo para resolução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública.³³⁷

Os demais artigos do Projeto de Lei dispõe sobre o procedimento na Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações,³³⁸ o que pode contribuir para a elaboração dos regulamentos dos demais entes federados, respeitadas suas peculiaridades.

As disposições finais do Projeto de Lei do Senado nº 517/11, dentre outras previsões, traz que a mediação poderá ser feita pela internet ou outro meio de comunicação que permita a transação a distância, quando as

³³⁶ Projeto de Lei do Senado Federal nº 406/2013.

³³⁷ Art. 31 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

³³⁸ Art. 32. A solução de controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II – parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República.

(...)

Art. 33. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar a composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União solicitará ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para a quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

(...)

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro relator.

Art. 34. É facultado aos Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

partes estejam de acordo.³³⁹ Em caso de parte domiciliada no exterior a submissão à mediação segundo as regras desta lei será facultativa.³⁴⁰

3.2.3. Transação administrativa

O instituto que será aqui tratado é a transação administrativa e a possibilidade de sua utilização no âmbito dos contratos administrativos. Cristiane Schwanka descreve que a transação administrativa representa a concretização do processo administrativo como ponto de convergência de vários princípios constitucionais “(...) *reduzindo seu caráter imperial, em face do uso crescente de instrumentos contratuais na atividade administrativa que demandam abertura à relação dialógica.*”³⁴¹ Por tais argumentos a autora propõe:

(...) a utilização do instituto da transação, no âmbito da esfera administrativa, visando à prevenção e à resolução de conflitos em contratuais administrativos contendo prestações de caráter econômico. É justamente essa conotação econômico-financeira para ambos os pólos da relação jurídica contratual que qualifica o interesse público perseguido como interesse público secundário, que autoriza invocar a realização da transação como método alternativo de solução de controvérsias.³⁴²

Onofre Alves Batista Júnior define que a transação administrativa pode ser entendida como um contrato administrativo alternativo pelo qual, mediante concessões recíprocas, Administração e os administrados previnem

³³⁹ Art. 42 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

³⁴⁰ Art. 42, parágrafo único do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

³⁴¹ “Denota-se, portanto, que é a processualidade administrativa que torna possível a realização da transação pela Administração, uma vez que, ao possibilitar uma ampla base objetiva para decidir, gera um aumento da aceitabilidade da decisão por via da co-participação do interessado. Além do que, permite saber se a solução é correta ou aceitável, bem como se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”. (SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p. 130).

³⁴² SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p. 159.

ou terminam controvérsias, efetivas ou potenciais e pode ocorrer extrajudicialmente ou no curso de uma lide perante o juiz. Trata-se de um contrato bilateral, oneroso no qual a Administração Pública está em um dos pólos que exige concessões reciprocamente condicionadas que podem até ser sem caráter patrimonial ou se referir a outro bem ou direito. A transação administrativa é um instrumento hábil para extinguir, alterar ou criar deveres ou obrigações.³⁴³

Onofre Alves Batista Júnior descreve que transação no Direito Administrativo vem sendo encarada pela doutrina como a mesma do Direito Privado, salvo pelo fato de ser entendida como mecanismo apenas para encerrar litígios e não para preveni-los e alerta que esta restrição é infundada e que pode ser tanto preventiva quanto terminativa, nos termos da lei que a disciplinar e fundamentar.

Cristiane Schwanka define que “*Partindo da premissa da natureza contratual do acordo de transação, tem-se que a transação na esfera do Direito Público é um contrato administrativo*”. Trata-se de contrato distinto dos contratos do Direito Privado em razão da finalidade de interesse público e sujeito “*à incidência de diversas normas de direito administrativo aplicáveis aos contratos administrativos, tais como, as normas da Lei de Licitações e Contratos administrativos (...)*”.³⁴⁴

Onofre Alves Batista Júnior define como elementos da transação administrativa: que a Administração seja parte de controvérsia efetiva ou potencial, a vontade de transigir, a capacidade do interessado e competência administrativa para transigir e que o objeto seja transacionável (direito disponível ou lei que autorize a transação) e as concessões recíprocas.³⁴⁵

³⁴³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. Quartier Latin, 2007.

³⁴⁴ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p.136.

³⁴⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como*

No tocante a competência Cristiane Schwanka defende que:

(...) quando a Administração possuir competência para a prática de determinada relação jurídica administrativa— por exemplo, celebrar contrato administrativo de execução de obras será competente para celebrar a transação no mesmo contrato, tendo por finalidade a busca da melhor solução para o interesse público. Dito de outro modo, é a autoridade competente para decidir unilateralmente que possui a competência para celebrar a transação, de forma consensual, sem a necessidade de que exista lei autorizativa específica para tanto.³⁴⁶

Onofre Alves Batista Júnior descreve que na legislação brasileira não há uma cláusula genérica, mas existem cláusulas setoriais no direito urbanístico, direito administrativo tributário, direito ambiental, desapropriações e outros.

O objetivo maior da transação administrativa é afastar o litígio para evitar os males da sua perpetuação, ou seja, prevenir ou terminar controvérsias, efetivas ou potenciais³⁴⁷ *“tanto quanto aos fatos, quanto em relação ao Direito que a Administração aplicou ou pretende aplicar ao caso concreto”*.³⁴⁸

Como visto no item que tratou da mediação o Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11 dispõe sobre a mediação e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública e neste projeto existem previsões referentes a transação administrativa . Ademais, o art. 41 do Projeto de Lei do

alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. Quartier Latin, 2007.

³⁴⁶ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p. 138.

³⁴⁷ Neste sentido Onofre Alves Batista Júnior e Cristiane SCHWANKA ver BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. Quartier Latin, 2007 e SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009.

³⁴⁸ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p. 139.

Senado Federal nº 517/11 prevê que esta lei, no que couber, se aplica a outras formas consensuais de resolução de conflitos.³⁴⁹

O Capítulo II do Projeto de Lei do Senado nº 517/11 prevê a possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios³⁵⁰ e a submissão do conflito à esta câmara será facultativa e cabível apenas nos casos previstos no regulamento do ente federado.

Os arts. 32 e seguintes do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11 dispõe sobre o procedimento na Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações. O art. 32 prevê a possibilidade de “*transação por adesão*” para solução de controvérsias jurídicas Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações. Os fundamentos legais para essa transação são a autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores ou parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República.³⁵¹

As disposições finais do Projeto de Lei do Senado nº 517/11, dentre outras disposições, tratam de alterações na Lei nº 9.469/1997. Esta lei, dentre

³⁴⁹ Art. 41 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

³⁵⁰ Art. 30, incs. I, II e III do Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11.

³⁵¹ Art. 32. A solução de controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II – parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada a transação por adesão não implica renúncia tácita à prescrição, nem sua interrupção ou suspensão.

outras disposições, traz regulamentação a dispositivo da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. A redação do art. 1º da Lei nº 9.469/1997 passa a conter dispositivo no sentido de que o Advogado-Geral da União, diretamente ou por delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígio, inclusive os judiciais.³⁵²

Com base nos fundamentos até aqui lançados associa-se aqui a utilização da arbitragem, bem como da conciliação, mediação e da transação administrativa aqui tratadas, com as medidas propostas para a busca da consensualidade para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos, na perspectiva do Poder Público.

³⁵² Art. 39. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, *poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígio, inclusive os judiciais.*

§ 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

(...)

§ 3º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o *caput*.

§ 4º *Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive nos casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários de seus respectivos advogados.*” (NR)

“Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionados no *caput* do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, *a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.*

§ 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação fica restrita a órgão colegiado formalmente constituído composto por pelo menos um dirigente estatutário.

§ 2º O acordo de que trata o *caput* poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o máximo de 60 (sessenta).

(...)

§ 4º Inadimplida qualquer parcela, após trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo.” (NR) (destaca-se).

3.3 Consensualidade e controle da litigância entre o Poder Público em decorrência dos contratos administrativos

Jefferson Carús Guedes destaca que no Preâmbulo da Constituição Federal está estabelecido “*que a sociedade deve buscar a solução pacífica das controvérsias, justificando a incansável busca da harmonização da convivência social que permeia a maioria dos esforços atuais de melhoria dos serviços judiciais*”.³⁵³

Petrônio Calmom correlaciona a oferta de diversos mecanismos para solução de conflitos revela o amadurecimento do Estado:

Do ponto de vista político, a oferta de diversos mecanismos para solução de conflitos revela o amadurecimento do Estado, que passa a prestar um serviço público mais efetivo: proporcionar o acesso à justiça tempestiva, efetiva e de qualidade adequada; e ao mesmo tempo, proporcionando a possibilidade de escolha por um dos mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos, não somente para permitir a deflação processual, mas sobretudo, como instrumento de aumento da área da tutela oferecida aos direitos dos cidadãos.³⁵⁴

Cristiane Schwanka pondera que “*Embora a judicialização de controvérsias contratuais administrativas ainda represente um paradigma na Administração Pública, é certo, porém, que nem sempre a solução imperativa é a que melhor resultado traz para a coletividade*”.³⁵⁵ A autora destaca que a adoção de métodos alternativos para a solução de controvérsias no âmbito do Direito Público obriga ao administrador “*realizar ponderações entre a legalidade, moralidade, proteção da confiança legítima e da boa-fé e da*

³⁵³ GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*, p.1. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/view/14539609/transigibilidade-de-interesses-publicos-prevencao-e-abreviacao-de->.

³⁵⁴ CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.95.

³⁵⁵ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p.131.

eficiência, à luz do princípio da juridicidade administrativa, visando à consecução do melhor interesse público no caso concreto".³⁵⁶

Jefferson Carús Guedes sintetiza as razões para a prevenção e abreviação processual de demandas da Fazenda Pública:

o rol de alternativas a uma justiça não-conflitiva é extenso e em crescimento, como se pode ver de outras formas de composição que despontam, diante das inúmeras para prevenção e para abreviação das demandas.

As razões constantes para a prevenção de demanda: a) Arbitragem nas disputas entre entes da Administração Direta e Indireta; b) Arbitragem em contratos administrativos; c) Transação Administrativa; d) Contratos Administrativos alternativos.

As razões constantes para a abreviação processual das demandas: a) Aumento constante de ações propostas ao Judiciário; b) Natureza das demandas, que exigem tutelas de urgência; c) Judicialização das políticas públicas.

A forma clássica de litigação da Fazenda Pública, com intensa e longa troca de manifestações opostas e de recursos e contra-recursos não atende mais ao interesse público, pois pode ampliar a condenação ou acrescer os valores, notadamente após a estabilização econômica em que vive o país.³⁵⁷

Conforme analisado nos itens precedentes os instrumentos consensuais podem ser uma medida tanto para evitar como para por fim a um litígio judicial decorrente de contratos administrativos tratando-se de medidas que estão diretamente relacionadas com o controle da litigância entre entes do Poder Público em decorrência de contratos administrativos.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy define litigância intragovernamental como "(...) a *litigância entre órgãos e entes da Administração, distinguindo-se esse conceito de uma inteligência de litigância*

³⁵⁶ SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. Curitiba, 2009, p.118.

³⁵⁷ GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*, p.1.. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/view/14539609/transigibilidade-de-interesses-publicos-prevencao-e-abreviacao-de->).

intergovernamental, que qualificaria o conflito federativo”,³⁵⁸ as quais exemplifica como as ações judiciais que tenham órgãos e entes governamentais em pólos distintos da lide e divergências administrativas incontornáveis. Para o autor “*Não se trata de um problema da presente Administração. É fato que se avoluma na medida em que cresce a complexidade do Estado, suas atribuições, e seus vários campos de atuação.*”³⁵⁹

Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio analisaram que:

(...) interessa frisar neste artigo é a participação considerável do Estado brasileiro em processos judiciais. Para se ter uma ideia desse volume, somente em processos ajuizados em segundo grau, em 2009 (tabela 1), o Estado participava em 52,49% das ações, ou seja, mais da metade das ações que tramitavam no judiciário naquele ano tiveram o Estado no polo ativo ou passivo dos pleitos.³⁶⁰

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy destaca que a inexistência de dados completos e confiáveis em relação à litigância *intragovernamental* no Poder Judiciário impede uma avaliação mais precisa do problema e sugere que o recadastramento de processos judiciais nos quais possa haver litigância *intragovernamental* poderia contribuir para que novos procedimentos e rotinas fossem ser pensados e aplicados.³⁶¹

³⁵⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 36.

³⁵⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 33.

³⁶⁰ MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral, Vol. 1, n. 1, dez. 2007, Brasília: BCB, 2010, p. 81.

³⁶¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 33.

O autor propõe a necessidade de autorização expressa do Advogado-Geral da União para que a União litigue em juízo contra si mesma e explica que este é um arranjo institucional que se aproxima do modelo que existe no Estado de Minas Gerais. O autor propõe ainda um ajuste de procedimento que poderia contemplar a fixação de marcos regulatórios mais seguros, maior atuação de coordenação política da Casa Civil da Presidência da República e a tonificação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.³⁶²

O art. 36 do Projeto de Lei do Senado nº 517/11 prevê que a propositura de ação judicial em que figurem nos pólos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público da Administração Pública Federal requer autorização prévia do Advogado-Geral da União, tratando-se de competência que poderá ser delegada.³⁶³

Lara Ferreira Giovannetti destaca que o que se deve almejar no âmbito de uma lide processual é a própria solução do conflito, de modo mais harmônico para as partes e menos dispendioso e desgastante possível, sendo essas as vantagens de uma conciliação³⁶⁴ e descreve que:

o entendimento que restringe a atuação conciliatória da Administração Pública no âmbito processual padece de falta de embasamento constitucional. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional e as normas infralegais que mitigam a possibilidade de autocomposição pela Fazenda Pública, engessando os advogados públicos, estão eivadas de forte inconstitucionalidade, na medida em que destituem de eficácia os ditames constitucionais processuais já mencionados acima. Essas normas restritivas impedem a consecução do verdadeiro interesse público, a promoção de garantias fundamentais, e

³⁶² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

³⁶³ Art. 36 e parágrafo único do Projeto de Lei do Senado nº 517/11.

³⁶⁴ A autora destaca que “é de extrema importância que as partes, o juiz e demais envolvidos no litígio ajam de modo cooperativo, deixando de lado seus impulsos egoísticos, intenções de prejudicar a parte contrária e visão do processo como um campo de batalhas”. GIOVANNETTI, Lara Ferreira. O reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública sob uma ótica neoconstitucionalista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XI. Periódico da Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 256. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/7998/5783>.

agem em favor apenas dos interesses fazendários, enquanto sujeito de direitos e obrigações.³⁶⁵

A presente abordagem do tema apresentou pontos relevantes da matéria e a sistematização teórica de possíveis soluções jurídicas para a questão com a apresentação de algumas medidas que possam contribuir para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos decorrentes de contratos firmados entre o Poder Público, pois entende-se que tais medidas podem indiretamente contribuir para um nível maior de cooperação entre entes e órgãos em consonância com federalismo *cooperativo que como visto pressupõe a resolução de problemas com formas de colaboração em substituição às relações assentes na hierarquia*.³⁶⁶

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy sintetiza que *“Espera-se que o Governo trabalhe mais, e custe menos. É uma inegável percepção utilitária e pragmática que exigiria convergência de ações, como antídoto à técnica do impasse”*.³⁶⁷ Como visto neste trabalho o caminho para a busca da consensualidade pelo Poder Público não é um caminho fácil e exige mudanças na perspectiva de análise e um envolvimento e acolhida da questão tanto em sede doutrinária, jurisprudencial e legislativa.

³⁶⁵ GIOVANNETTI, Lara Ferreira. O reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública sob uma ótica neoconstitucionalista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XI. Periódico da Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 265-266. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/7998/5783>.

³⁶⁶ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 72.

³⁶⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 307.

CONCLUSÃO

A observação de dificuldades teóricas e práticas no trato dos contratos administrativos e dos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil despertou o presente estudo referente a busca da consensualidade para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos decorrentes de tais contratos.

Entende-se que, a despeito da importância dos contratos firmados entre o Poder Público, a matéria merece questionamentos e discussões, pois não recebe no Brasil o devido tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial e a hipótese de que a busca da consensualidade e da eficiência para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos decorrentes de tais contratos está em consonância com os primados do Estado Democrático de Direito, conforme previsto no art. 1º da Constituição Federal- CF.

O estudo passa pela abordagem das mudanças nas noções de contratos administrativos e de interesse público. Odete Medaur ao abordar as mudanças nas matrizes clássicas do direito administrativo trata da heterogeneidade do interesse público e aponta que da ideia de primazia de interesses passa-se para uma concepção de ponderação dos interesses em confronto.³⁶⁸ No que toca aos contratos administrativos a autora destaca mudanças relacionadas a busca por simplificação de procedimentos de contratação pública, maior liberdade de escolha de contratados e “aumento do uso de *módulos convencionais, contratuais ou consensuais, a chamada Administração concertada*”.³⁶⁹

A noção de contratos administrativos se relaciona com o meio de composição de interesses, negociação e medidas necessárias a consecução de interesses públicos. Verifica-se um acordo de vontades, um ajuste entre duas ou mais partes, estando a Administração Pública em pelo menos um dos

³⁶⁸ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 209.

pólos da relação jurídica, a respeito de objeto tutelado pelo ordenamento jurídico e que gera compromissos. Onofre Alves Batista Júnior traz a noção de que o contrato é o encontro de dois interesses contrapostos, mas harmonizáveis, com força criativa dada pela lei e que constitui, modifica ou solve direitos ou obrigações para as partes envolvidas e sintetiza que é uma espécie de “transação” entre dois interesses contrapostos que se ajustam para produzir um resultado jurídico único acordado.³⁷⁰

Os conceitos clássicos de contratos administrativos sofrem alterações e adaptações para se chegar aos novos modelos de contrato e tais adaptações se relacionam com a diminuição da carga autoritária do contrato administrativo.

A consideração do contrato como uma categoria que não pertence nem ao direito público e nem ao direito privado norteia a abordagem proposta do tema com o fim de destacar que ao tratar dos contratos da administração e dos contratos administrativos surgem diversas possibilidades de aplicação de premissas de direito público e de direito privado considerando as diversas categorias de contratos firmados pelo Poder Público os quais, muitas vezes, recebem o mesmo tratamento de forma equivocada.

Eduardo Garcia Enterría pondera que entendidos os contratos administrativos como verdadeiros contratos a questão que se colocou é se são ou não distintos dos contratos civis e define o regime jurídico dos contratos administrativos como variável e misto, no qual aparecem sempre misturados em diferentes proporções o Direito Administrativo e o Direito Privado.³⁷¹

Alexandra Leitão conceitua os contratos interadministrativos como “*acordo de vontades celebrado entre duas entidades públicas através do qual é*

³⁷⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

³⁷¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás- Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991, p. 619.

constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa".³⁷² A relação jurídica administrativa relaciona-se com a prossecução do interesse público é regida essencialmente, mas não exclusivamente, pelo Direito Administrativo.³⁷³ As regras aplicáveis a estes têm que ser construídas a partir do regime jurídico dos contratos celebrados com particulares, considerando as derrogações e adaptações que contribuem para a autonomização dogmática dos contratos interadministrativos em relação aos restantes contratos celebrados pela Administração, sendo este "*o cerne da autonomia destes contratos*".³⁷⁴

O Poder Público firma contratos administrativos e também contratos civis e o regime aplicável a tais contratos deve ser analisado caso a caso sob pena de se aplicar indevidamente um regime administrativo em casos em que o Poder Público firmou um contrato de locação ou atua como usuário de um serviço público, por exemplo. É necessário ponderar no caso concreto o interesse público e o privado sem a utilização "*a priori*" e equivocada de fórmulas no sentido de que em nome de um "interesse público" as obrigações contratuais da Administração Pública não precisariam ser devidamente cumpridas.

Portanto, entende-se que o devido cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público ao firmar um contrato administrativo é consectário do interesse público e o que sempre deve ser questionado é em que condição o Poder Público firmou esta obrigação, pois disso dependerá o regime e as premissas a serem aplicadas.

Nesse sentido, entende-se que as prerrogativas do Poder Público não podem ser invocadas e utilizadas de forma generalizada como uma premissa de que as obrigações contratuais assumidas pelo Poder Público não

³⁷² LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 123.

³⁷³ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 123.

³⁷⁴ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 21-22.

precisariam ser devidamente cumpridas ou de que as cláusulas exorbitantes sempre se aplicariam aos contratos firmados pelo Poder Público.

A abordagem dos contratos firmados entre entes do Poder Público relaciona-se a organização do Estado. A partir da análise da autonomia dos entes, da repartição de competências e do princípio da predominância de interesses na federação brasileira entende-se que uma das medidas que pode contribuir para a autonomia, a cooperação e a articulação entre os entes é o aprimoramento dos mecanismos referentes aos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil.

No tocante ao federalismo a autora destaca que nos sistemas federais o conceito de *“federalismo cooperativo pressupõe sempre a resolução de todos os problemas através da instituição de formas de colaboração mais ou menos formais, substituindo as relações assentes na hierarquia”*,³⁷⁵ tal como no caso dos Estados Unidos da América e da Alemanha.

A devida execução e a busca da consensualidade para resolução dos conflitos contratuais está em consonância com o federalismo cooperativo, visto que diante da complexidade da repartição de competências dos entes na federação a colaboração entre eles é primordial para o funcionamento e aprimoramento do modelo federativo.

A noção traçada de contratos firmados entre o Poder Público refere-se aos acordos que o Poder Público celebra com outro ente do Poder Público, abrangendo as Administrações Públicas direta e indireta.

Nos casos em que o Poder Público diretamente presta serviço público a outro ente do Poder Público ou concessionárias e permissionárias prestando serviços à entes do Poder Público algumas uma das questões jurídicas que pode suscitar dúvidas é se em caso de inadimplência do Poder Público as medidas devem ser diferenciadas em relação aos demais usuários e quais medidas podem ser apontadas para resolução desses casos.

³⁷⁵ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011, p. 72.

A análise pondera as implicações da suspensão visto que isto pode comprometer a prestação de outros serviços essenciais por ele prestados. Em casos de serviços prestados mediante contraprestação do usuário sendo o contrato sinalagmático, *a priori* o contratante não pode exigir a continuidade da prestação a cargo do contratado quando não cumpre suas obrigações no contrato, porém nos casos em que o Poder Público figura como usuário do serviço podem ser estabelecidos critérios diferenciados em relação aos demais usuários, mas respeitados tais critérios é devida a suspensão do fornecimento e demais medidas administrativas e judiciais para se buscar o devido cumprimento do contrato.

Após tecidas essas considerações sobre os contratos administrativos, contratos interadministrativos e contratos firmados entre entes do Poder Público passa-se a analisar a necessidade da busca da consensualidade para a devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos, na perspectiva do Poder Público.

Diante de um dever estatal de primar pela devida execução, prevenção e resolução de conflitos nos contratos administrativos em geral e nos firmados entre entes do Poder Público são apresentadas algumas medidas que estão em consonância com os princípios da eficiência, confiança e da boa fé objetiva nos contratos e que podem contribuir para um nível maior de cooperação entre o Poder Público.

Dentre as medidas propostas apresenta-se a necessidade de busca pela aplicabilidade de instrumentos consensuais para prevenção e resolução de conflitos contratuais e a busca da consensualidade como alternativa para o controle da litigância entre entes do Poder Público em decorrência de contratos administrativos.

Ao se buscar a interface da Administração consensual com os contratos administrativos destaca-se a necessidade de ponderação no caso concreto entre o interesse público e o privado sem a utilização *“a priori”* e equivocada de fórmulas no sentido de que em nome de um “interesse público” as obrigações contratuais da Administração Pública não precisariam ser

devidamente cumpridas, pois destaca-se aqui que o devido cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público ao firmar um contrato administrativo é consectário do interesse público.

No Capítulo 3 foi analisada a aplicabilidade de instrumentos consensuais para prevenção e resolução de conflitos decorrentes da inexecução dos contratos firmados entre o Poder Público no Brasil. Apresentou-se a possibilidade de utilização de tais instrumentos durante a execução do contrato, em casos de rescisão por inexecução contratual, em caso de existência de débitos decorrentes do contrato ou em outras situações que possam ocorrer na prática, configurando-se como uma alternativa tanto para evitar como para por fim a um litígio judicial decorrente de contrato administrativo.

A análise de alguns instrumentos consensuais aplicáveis aos contratos administrativos como a arbitragem, mediação, a conciliação e a transação administrativa é realizada a partir do estudo de autores pátrios que se dedicaram ao tema e analisa-se também a legislação que trata de referidos institutos no tocante aos contratos firmados entre o Poder Público.

A aplicação destes instrumentos consensuais é apontada como uma alternativa para a prevenção e resolução de conflitos contratuais e com o objetivo de se primar pela eficiência e evitar a litigância intragovernamental.

É sabido que na prática a realidade das atividades do Poder Público além dos aspectos jurídicos envolve outros aspectos, tais como, o social, o político, o econômico e o cultural. Nesse contexto, diante da relevância e complexidade de se falar em uma “*busca da consensualidade nos contratos administrativos*”, para além de apontar possíveis soluções, a abordagem apresentou o estado do desenvolvimento da matéria hoje no Brasil e destacar a importância de sua criteriosa abordagem na doutrina, legislação e jurisprudência.

REFERÊNCIAS:

ALCOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico* (Lei 11.445/07), 2 ed. Campinas, SP: Millenium Editora, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado-RDE*, ano 1, nº 1:155-173, jan/mar 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: BARROSO, Luis Roberto (org). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevir, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Trad. de Maria Ferreira, revisão da tradução Odaci Luiz Coradini. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonialista na Reforma Administrativa Gerencial do Estado Brasileiro. *Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus*. N. 11, ano VII, 2009.

CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASELLA, Paulo Borba e SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abelo-Perrot, 1999.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 209; 43-70. jul/set., 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense.

CUNHA, Pablo Malheiros da Frota. A derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade a partir do diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. In: SERBENA, Cesar Antonio (Org). *Teoria do Direito, princípios e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Fernández Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2005.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos (Org.). *Administração Pública, financeira e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual a audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Manual de Derecho Público*. Tomo II. Derecho Administrativo. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2007.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Los contratos administrativos en la República Oriental do Uruguai. *Revista Interesse Público*, ano 12, n. 62, jul./ ago. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FONT Y LLOVET. Tomás. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual em España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.

GIAMBIAGI, Fábio; DURTE DE ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

GIOVANNETTI, Lara Ferreira. O reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública sob uma ótica neoconstitucionalista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XI. Periódico da Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/7998/5783>

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. Tese de Livre-Docência, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GOMES DO CARMO, Thiago. Administração Pública consensual: uma análise estrutural das organizações sociais. *BDA Boletim de Direito Administrativo*, nº 10, ano XXVI, outubro de 2010.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito- Uma introdução. *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, Renovar FGV Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, abril/ junho 2003.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10ª ed., Buenos Aires: F.D.A., 2009.

GRAUS, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). *Direito Constitucional- estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros. 2002.

GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/view/14539609/transigibilidade-de-interesses-publicos-prevencao-e-abreviacao-de->.

GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. e TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 47, México. 2003. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14> - acessado em 15/03/2011.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Revisada e Atualizada por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IBGE, *Censo Demográfico 1960, 1970, 1980, 1991, 2000 e 2010*.

JÈZE, Gaston. *Principios generales de derecho administrativo*. Tomo III, Buenos Aires: Depalma, 1949.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos* (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2011.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de Constitucionalidade Estadual: As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOREZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXIX, n. 107, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3 ed., São Paulo: RT, 1999.

MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27 ed. atualizada por Eurico de Andrade, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo*. Tese de Livre-Docência, USP, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da Ação Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Jan/março 2003, n. 231, Renovar FGV Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007.

MOTA COELHO, Meire Lúcia Monteiro e LIMA LÚCIO, Magda de. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública – A mediação como instrumento de gestão – A

experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral, Vol. 1, n. 1, dez. 2007, Brasília: BCB, 2010.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de e SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 8, n. 32, abril/junho 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINTO E NETO, Luísa Cristina. Interesse Público e Administração Concertada. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 4, n. 7, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei 8.987/95. Conceitos e princípios*. Coleção Temas de Direito Administrativo 2. São Paulo: Malheiros. 1998.

PRADO, Safira Orçatto Merelles do. *O Controle Judicial dos Serviços Públicos sob a perspectiva de concretização de Direitos Fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

QUITES, Henrique Lima. Por uma administração pública participativa: as ferramentas de controle e eficiência mediadas pela consensualidade. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra, Almedina: 1988.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Braulio de Magalhães. Controle, consensualidade e participação como pressupostos de aperfeiçoamento do princípio da eficiência. *Revista de Direito Municipal- RDM*, ano 10, n. 33, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação. UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil Faculdade de Direito. CURITIBA, 2009.

SILVA, André Carlos da. Estado Federal e Poder Municipal. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 351-378, jul./dez. 2009.

SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Maria (Coord). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000.

TUROLLA, Frederico Araujo. Financiamento dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina (coord.). *Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VALDÉS, Jorge Tapia. *Estudios Constitucionales. Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originário*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, nº 2, 2008.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

WALD, Arnaldo. *Pareceres: Direito das Concessões*, v. 3. Série grandes pareceristas. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

APÊNDICE

APÊNDICE 1

Tendo por referência os autores aqui citados aponta-se um paralelo entre as características de cada administração, marcada precisamente por essa tentativa de ruptura de um modelo mais autoritário e fechado para um modelo mais aberto e mais consensual.

O quadro a seguir busca sistematizar algumas referências da Administração tradicional e da Administração consensual como forma de traçar algumas peculiaridades das referidas técnicas de administração.

Administração tradicional	Administração consensual
Centrado no ato administrativo unilateral, impositivo.	Centrado no acordo administrativo, bilateralidade, multilateralidade.
Modelo de gestão pública fechada e autoritário. Burocrático, hierárquico, subordinativo.	Modelo de gestão pública aberto, democrático. Compartilhamento com o cidadão no exercício de tarefas do Estado.
Imperatividade.	Consensualidade.
Superioridade do Estado justificada pela supremacia do interesse público.	Busca de um equilíbrio na busca do interesse público em consonância com o interesse privado.
Relações verticais com administrados.	Composição de interesses.
	Gestão: visão multilateral, métodos gerenciais, interdisciplinariedade, autocomposição de conflitos, estratégias horizontais.

ANEXOS

Anexo 1

100 maiores litigantes. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2001.

Relatório de consolidação de dados coletados sobre os maiores litigantes dos tribunais estaduais, regionais federais e do trabalho, referentes a processos que não foram baixados definitivamente até 31 de março de 2010, consideradas como partes somente pessoas jurídicas e/ou entidades e referentes a processos natureza não criminal (excluíram-se, além dos processos criminais, aqueles relativos à Justiça Eleitoral, Justiça Militar e Infância e juventude).

Anexo 2

A) Projeto de Lei do Senado Federal nº 406/2013

Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem.

B) Projeto de Lei do Senado Federal nº 517/11

Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.